

**Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen
Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages
der Verwaltung im französischen Recht unter
vergleichender Berücksichtigung
des deutschen Rechts**

DISSERTATION

vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
(Dr. jur.)

von

Karl Marzlin
Assessor

1966

**Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen
Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages
der Verwaltung im französischen Recht unter
vergleichender Berücksichtigung
des deutschen Rechts**

DISSERTATION

vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
(Dr. jur.)

von

Karl Marzlin
Assessor



Berichterstatter: Professor Dr. H. Armbruster
Korreferent: Professor Dr. K. J. Partsch
Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1966

Meinen Eltern

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Ausarbeitung

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Vorwort	1
I. Teil: Die Grundlagen des Verwaltungs- vertragsrechts	6
I. Das vertragliche Kriterium	6
1. Die Existenz der Verwaltungsverträge	6
2. Die Ungleichheit der Parteien und ihrer Positionen	7
3. Theorien über das Vertragsverhältnis im öffentlichen Recht	10
4. Das Verhältnis der Benutzer eines service public	16
II. Das Verhältnis des privatrechtlichen und des öffentlich-rechtlichen Ver- trages im allgemeinen	21
1. Die Grundideen der Unterscheidung	21
2. Die Einteilung der verwaltungsver- traglichen Klauseln	25
a) Die Spezialklauseln	26
b) Die dem Privatrecht entstammenden Bestimmungen	26
3. Die Einteilung der Verträge	27
4. Die Quellen des Verwaltungsvertrags- rechts	30
III. Die Entwicklung des Verwaltungsver- tragsrechts	33
1. Die Entstehung der Verwaltungsgerichts- barkeit und ihr ursprünglicher Zu- ständigkeitsbereich	33

2. Die "théorie des actes d'autorité et des actes de gestion"	35
3. Die Bildung der geltenden Kriterien des contrat administratif	38
II. Teil: Die gesetzlich qualifizierten Verträge der Verwaltung	42
Vorbemerkung	42
I. Die gesetzlichen Verträge des öffentlichen Rechts	44
1. Der Vertrag über öffentliche Arbeiten	44
2. Die Konzession öffentlicher Arbeiten	48
3. Die Übernahme von Lasten einer öffentlichen Arbeit durch eine Privatperson	49
4. Der Verkauf von Grundstücken des Staates	52
5. Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums	54
6. Verschiedene Verträge	58
II. Die gesetzlichen Privatrechtsverträge der Verwaltung	59
1. Verträge in Bezug auf die Verpflegung des Heeres	59
2. Verträge, welche die Aufnahme nichtunterstützungsbedürftiger Personen in Krankenhäusern betreffen	60
3. Verpachtung kommunaler Abgaben	60
4. Die typischen Privatrechtsverträge	61

III. Teil: Die Kriterien des Verwaltungs- vertrages	62
I. Die verschiedenen Theorien	62
1. Die Grundkonzeption	62
2. Die Meinung von Duguit	63
3. Die Auffassung von Reglade	64
4. Die Form als Kriterium	65
5. Der Vorschlag von Jèze	66
II. Die Notwendigkeit der Teilnahme einer Person des öffentlichen Rechts	68
III. Das Verhältnis des Verwaltungsver- trages zum service public	71
1. Der Begriff des service public	71
a) Seine Bedeutung	71
b) Die ursprüngliche Konzeption	71
c) Die Wandlung des Begriffs	72
d) Der erweiterte Begriff	74
e) Die Krise des Begriffs	76
f) Die heutige Situation	78
2. Der service public als Kriterium des Verwaltungsvertrages	83
a) Die Art der Bindung des Vertrages an den service public	83
b) Die Bindung des Vertrages an einen service public als ungenügendes Kriterium der öffentlich-rechtlichen Natur	85
c) Die Mitarbeit des Einzelnen an dem service public als Kriterium	86
d) Öffentlich-rechtliche Verträge ohne Bindung an einen service public	94
e) Die Bedeutung des Kriteriums in der Gegenwart	95
IV. Die vom Privatrecht abweichenden Klau- seln	96
1. Die abweichende Klausel und der Wille der Parteien	96
2. Der Begriff der clause exorbitante du droit commun	100

a) Grundidee und Schwierigkeit der Definition	100
b) Die durch das öffentliche Interesse bestimmte Klausel	102
c) Die im Privatrecht unerlaubte Klausel	103
d) Die abweichende Klausel als Ausdruck hoheitlicher Gewalt	105
e) Die im Privatrecht fremde Klausel	108
f) Die Relativität des Begriffes	109
 3. Die hauptsächlichsten vom Privatrecht abweichenden Klauseln	 111
a) Die Bestimmungen der Seeversicherungen in Kriegszeiten	111
b) Die Privilegierung des öffentlich-rechtlichen Partners	112
c) Rechte des Kontrahenten gegenüber Dritten	115
d) Das typisch öffentliche Rechtsverhältnis	116
e) Klauseln mit undeutlichem "öffentlich-rechtlichem Merkmal"	117
f) Die Indizien	117
g) Die unbegrenzte Zahl von clauses exorbitantes	119
h) Das Wesen der clause exorbitante im Spiegel der Rechtsprechung	119
 IV. Teil: Die Anwendung der Kriterien auf der hauptsächlichsten Verträge der Verwaltung	 121
 Vorbemerkung	 121
 1. Gesetzliche Verträge der Verwaltung und ihr Verhältnis zu der allgemeinen Theorie des Verwaltungsvertrages	 122
a) Der Vertrag über öffentliche Arbeiten	122
b) Die Konzession öffentlicher Arbeiten	124
c) Der offre de concours	125
d) Der Verkauf von Grundstücken des Staates	126
e) Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums	127

	Seite
2. Die natürlichen Verwaltungs- verträge	128
a) Der Vertrag über die Lieferung von Sachen an die Verwaltung	128
b) Der Vertrag über Transporte für die öffentliche Hand	135
c) Die persönlichen Dienst- leistungsverträge	139
d) Miet- und Pachtverträge	148
e) Kauf und Verkauf	151
f) Die öffentliche Anleihe	154
g) Verschiedene Verträge	156
 V. Teil: Contrat administratif und öffentlich- rechtlicher Vertrag des deutschen Ver- waltungsrechts	 160
I. Der Contrat administratif im Lichte des deutschen Verwaltungsrechts	160
1. Die Stellung des deutschen und des französischen Verwaltungsvertrags- rechts zu fremden Rechtskreisen	160
2. Die Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertragshandelns in der französischen und in der deutschen Verwaltungspraxis	163
 II. Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Ver- trages im Lichte der Lehre vom contrat admi- nistratif	 170
1. Verträge in Über- und Unterordnungsver- hältnissen	170
2. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	177
3. Das anzuwendende Recht	181
4. Die Parteien des öffentlich-rechtlichen Vertrages	184
5. Die Gerichtsbarkeit	185
6. Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Privatrechtsvertrag	186
 III. Die Konzession und der Vertrag über öffent- liche Arbeiten im deutschen Recht	 191
a) Der Konzessionsvertrag	191
b) Bauleistungen von Privatunternehmern für die Verwaltung	198

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | | |
|-----------------|---|--|
| APELT Willibald | : | Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Leipzig 1920 |
| " " | : | Der verwaltungsrechtliche Vertrag
AöR Bd. 84, S. 249 ff. |
| APPLETON Jean | : | Stellungnahme zu T.C.
30.6.1930, Boyer et Jullian,
D 1931-III-33 |
| ARRIGHI P. | : | Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures,
Diss. Paris 1945 |
| AUBÉ J.M. | : | Les contrats comportants occupation du domaine public
D.C. 1953, S. 99 ff. |
| AUCOC L. | : | Conclusions zu C.E. 20.2.1869,
Pinard, CE 1869, S. 188 |
| " " | : | Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, Bd. 1, 3. Aufl. 1885 |
| BACHOF Otto | : | Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
JZ 1966, S. 361 ff. |
| BÄRMANN | : | Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge,
Karlsruhe 1948 |
| BARING | : | Buchbesprechung Imboden
(s.daselbst) in JR 1959, 239 |
| BAROCKA E. | : | Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme- und Gestattungsverträgen zur Bodenbewässerung, Verw. Arch. Bd. 51, S. 1 ff. |
| BEINHARDT Gerd | : | Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, Verw.Arch. Bd. 55, S. 151 ff und 210 ff. |

- BERTHELEMY Henri : Traité élémentaire de droit administratif, 13. Aufl. 1933
- BLANCOET Ch. : Conclusions zu Trib.Civ. de l'Aisne 27.12.1926, D 1928-II-116
- BLONDEAU Ange : La concession de service public, 2. Aufl. Paris 1933
- BLUM L. : Conclusions zu C.E. 31.7.1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, Sy. 1917-III-15
- " " : Conclusions zu C.E. 11.3.1910, Cie française des tramways, CE 1910, 218
- BONNARD Roger : Précis de droit administratif, 3. und 4. Aufl. Paris
- BRÜGELMANN u. LUDWIG : Kommunale Versorgungswirtschaft in Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. III, S. 655 ff, Berlin 1959
- BUDEBERG Theodor : Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Arch.öR Bd. 8 (1925) S. 85 ff.
- BULLINGER Martin : Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
- CHAPUS René : Responsabilité publique et responsabilité privée, Diss. Paris 1954
- CHARDENET : Conclusions zu C.E. 30.3.1916, Sté du gaz de Bordeaux CE 1916, S. 128
- CHARLIER : Le service public in Dalloz, Répertoire de droit public et administratif, Bd. II, 1959, S. 870
- CHENOT Bernard : La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, Conseil d'Etat Etudes et Documents 1950, S. 77 ff.
- COLIN et CAPITANT : Cours élémentaire du droit civil, Bd. 2, Paris 1947

- CCRAIL de, Jean-Louis : La crise de la notion de service public en droit administratif français, Paris 1954
- CCRNEILLE : Conclusions zu C.E. 8.2.1918, Sté d'éclairage de Poissy, D 1919-III-9
- " : Conclusions zu C.E. 6.5.1921, Cie P.L.M., D.P. 1921, 510
- DEREUX : De la nature juridique du contrat d'adhésion, Revue trimestrielle de droit civil 1910, S. 503
- DESCRANGES Eugène : Définition du marché de fournitures, RDP 1942, S. 189
- DIEDERICH Helmut : Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen Heidelberg 1961
- DUCROCQ T. : Cours de droit administratif, 7. Aufl., 7 Bde. 1897 - 1905
- DUEZ et DEBEYRE : Traité de droit administratif, Paris 1952
- DUGUIT Léon : Traité de droit constitutionnel, 2. Aufl. 1923; 3. Aufl. 1927
- " " : De la situation des particuliers à l'égard des services publics, RDP 1907, S. 141 ff.
- EISENMANN Charles : Droit Public et Droit Privé RDP 1952, S. 903
- " " : Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques, JCP 1949-I-742
- EYERMANN - FRÖHLER : Verwaltungsgerichtsordnung 1959
- FLAEME M.A. : Les marchés de l'Administration, Brüssel 1955
- FLEINER Fritz : Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928

- FORSTHOFF Ernst : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1961
- FRICKE Werner : Zentralisierung und Dezentralisierung des öffentlichen Einkaufs, Heidelberg 1961
- GERVAIS André : Le régime des offres de concours, RDP 1954, S. 645
- GIACOMETTI : Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960
- HAAS Diether : Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 303 ff.
- HAURIOU Maurice : Principes de droit public 2. Aufl. 1916
- " " : Précis élémentaire du droit administratif, Paris, 10. und 11. Aufl.
- " " : Conclusions zu T.C. 9.12.1899, Canal de Cignac, Sy. 1900-III-49
- " " : Conclusions zu C.E. 6.2.1903, Terrier, Sy. 1903-III-25
- " " : Conclusions zu T.C. 1.5.1928, Templier, Sy. 1928-III-129
- HERETH-LUDWIG-NASCHOLD : Kommentar zur Verdingungsordnung für Bauleistungen Wiesbaden-Berlin 1954
- HIMARIO G. : Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs Diss. Paris 1933
- HOLZ : Ist im öffentlichen Recht Raum für Vertragsstrafen? Diss. Breslau 1930
- HUBER E.R. : Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Bd. Tübingen 1953
- HUET-GUYARD J.M. : La distinction du domaine public et du domaine privé Diss. Paris 1939

- L'HUILLIER Jacques : Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration, D 1953, 87
- IMBODEN Max : Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Zeitschrift für schweizerisches Recht, N.F. Bd. 77, Basel 1953
- JACOMET Robert : Conclusions zu C.E. 5.3.1954, Soulier, Revue juridique et politique de l'Union française, 1954, S. 624
- JACQUELIN René : Les principes dominants du contentieux administratif, Paris 1899
- JASCHKOWITZ E.J. : Der Vertrag im Beamtenrecht, VöR Bd. 56, S. 321 ff.
- JEDLICKA : Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht Diss. Zürich 1928
- JELLINEK Walter : Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1929
- JEZE Gaston : Principes généraux du droit administratif, Bd. 3, 1926-1927; Bde. 4, 5 und 6, 1934-36
- " " : Les contrats administratifs de l'Etat, des Départements, des Communes et des Etablissements publics, 3 Bde., 1927-34
- " " : L'opération administrative d'offre de concours, RDP 1925, S. 603 ff.
- " " : La concession de service public, RDP 1925, S. 530 ff.
- " " : Caractères essentiels des principaux contrats administratifs, RDP 1925, S. 447 ff.
- " " : Théorie générale des contrats administratifs, sanction des obligations, RDP 1935, S. 712 ff.
- " " : Le régime juridique du contrat administratif, RDP 1945, S. 251 ff.

- JEZE Gaston : Notes de Jurisprudence
EDP 1948, 238 ff.
- " " : Théorie générale des con-
trats administratifs
EDP 1930, S. 83 ff.
- KELSEN : Zur Lehre vom öffentlichen
Rechtsgeschäft, AöR Bd. 31,
S. 218 ff.
- KOHL : Die Möglichkeit öffentlich-
rechtlicher Verträge im Ver-
waltungsrecht
Diss. Freiburg 1934
- KORMANN Karl : Rechtsgeschäftliche Staats-
akte, Berlin 1910
- KRÜGER Herbert : Allgemeine Staatslehre,
Stuttgart 1964
- KUTSCH-von KRAKEWITZ: Übernahme des Begriffs "ser-
vice public" ins deutsche
Recht? AöR Bd. 79, 431 ff.
- LABBE : Discours de rentrée
13.12.1923
- LAFFERRIERE E. : Traité de la juridiction
administrative et des recours
contentieux, 1. Bd., 2. Aufl.
1895
- LAMARQUE J. : Recherches sur l'application
du droit privé aux services
publics administratifs
Bibliothèque de droit public
1960
- LANDMANN-GIERS-PROKSCH : Allgemeines Verwaltungsrecht,
2. Aufl.
- LANGROD Georges : Le contrat - instrument
d'action des Administrations
publiques, Annales Universi-
tatis Saraviensis 1955 IV,
S. 9 ff.
- LARENZ : Geschäftsgrundlage und Ver-
tragserfüllung, 2. Aufl.
- LARNAUDE : Droit comparé et droit public,
RDP 1902, 61 ff.
- LARROQUE Pierre : Les usagers des services
publics industriels
Diss. Paris 1925

- LAUBADERE de, André : Traité théorique et pratique des contrats administratifs 3. Bde., Paris 1956 und Supplément 1959
- " " : Droit Administratif Spécial Paris 1958
- " " : Traité élémentaire de droit administratif 1. Aufl. 1953, Paris 2. Aufl. 1957, Paris
- " " : Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP 1954, 36 ff
- " " : La concession de service public in Dalloz, Répertoire de droit public et administratif, Bd. II, 1959, 878
- LAYER Max : Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, 1916
- LIET-VEAUX G. : Contrats et Compétence Administrative, Revue administrative 1955, S. 32 ff.
- " " : La théorie du service public, crise ou mythe? Revue administrative 1961, 252 ff.
- LONG : Conclusions zu C.E. Ville de Nice, RDP 1956, 578
- LONG, WEILL, BRAIBANT : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative 1956
- LÜCKING Wilhelm : Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Heft 2 der "Beiträge zum öffentlichen Recht" Würzburg 1955
- MAYER Otto : Theorie des französischen Verwaltungsrechts Straßburg 1886
- " " : Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2, 2. und 3. Aufl.
- " " : Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag AöR Bd. 3, S. 1 ff.

- MENGER C.F. : Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. Bd. 49, S. 272 ff, Bd. 56, S. 278 ff.
- MERIC : Litiges avec le personnel et compétence administrative dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Conseil d'Etat Etudes et Documents 1953, S. 35
- MESTRE : Conclusions zu Cass.Reg. 31.1.1923, Cie des transports maritimes, Sy. 1924-I-129
- MICHOUD Léon : La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 1. Bd., 2. Aufl.
- MITCHELL J.D.B. : The contracts of public authorities, London 1954
- MORANGE Georges : Le déclin de la notion juridique de service public DC 1947, S. 45
- MORIN Gaston : Conclusions in Revue de Métaphysique et de Morale 1929, S. 267.
- NOEL Marc : La notion de travail public Diss. Paris 1924
- ODENT R. : Contentieux Administratif, Les Cours de Droit, Paris 1949/50
- PEQUIGNOT Georges : Théorie générale du contrat administratif, Paris 1945
- " " : Les contrats administratifs, Jurisclasseur administratif, Bd. 4, Fasz. 500 ff.
- PETERS Hans : Lehrbuch der Verwaltung 1949
- PICHAT : Conclusions zu C.E. 4.3.1910, Thérond, CE 1910, S. 194
- PONCE Claude : Le consensualisme dans les contrats administratifs Diss. Straßburg 1956

- PRIEUX Henri : Traité pratique du droit des travaux publics, Bd. 1, Paris 1959
- RAISER Ludwig : Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- REDECKER : Buchbesprechung Salzwedel (s. daselbst) in NJW 1952, S. 1674
- REGLADE Marc : De l'application aux marchés de fournitures des principes de la séparation des autorités judiciaire et administrative, RDP 1924, S. 191 ff.
- RENAUD Georges : Cours élémentaire de droit public, Paris 1922
- REUSCH : Der Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss. Frankfurt 1929
- RIVERO Jean : Existe-t-il un critère de droit administratif? RDP 1953, S. 279
- " " : Droit administratif Paris, 2. Aufl.
- RIVET Louis : Conclusions zu C.E. 23.11.1921 Olive, RDP 1922, S. 107
- " " : C.E. 23.12.1921, Sté Générale d'Armement, RDP 1924, S. 390
- " " : C.E. 23.5.1924, Affréteurs réunis, DP 1924-III-26
- RÖSSLER F. : Der öffentlich-rechtliche Vertrag, Verwaltungspraxis 1956, S. 275 ff.
- ROLLAND Louis : Précis de droit administratif, 10. Aufl., Paris 1953
- ROUVIERE Jean : A quels signes reconnaître les contrats administratifs? Diss. Paris 1930
- RUPP Hans-Heinrich : Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961, S. 59 ff.
- " " : Verwaltungsakt und Vertragsakt DVBl. 1959, 81 ff.

- RUPP Hans-Heinrich : Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
- RUPPERT Emil : Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht Diss. Würzburg 1935
- SALZWEDEL Jürgen : Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
- SCHEERBARTH Walter : Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962
- SCHNUR : Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht AöR Bd. 79, 418 ff.
- SCHOEN : Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 137
- SCUPIN Hans Ulrich : Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland in Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd. II, S. 606 ff, Berlin 1959
- SEIDEL : Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag Diss. Breslau 1927
- STAINOFF P. : Le Fonctionnaire, Paris 1933
- STEFFEN Wilhelm : Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht Diss. Würzburg 1938
- STEIN : Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR Bd. 86, S. 321 ff.
- STERN Klaus : Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw.Arch. Bd. 49, S. 106 ff.
- " " : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84, S. 137 ff., S. 273 ff.
- SUDRE Jacques : La compétence du Conseil d'Etat en matière des contrats, Paris 1928

TERREAU Jean	:	Des marchés de fournitures Diss. Paris 1921
TRICOT	:	Conclusions zu C.E. 23.12.1953, Lillo, CE 1953, S. 573
TROTABAS Louis	:	Conclusions zu C.E. 13.3.1925, Clief D.P. 1926-III-17
TUREGG von, Kurt Egon	:	Lehrbuch des Verwaltungs- rechts, Berlin 1962
VEDEL Georges	:	Les bases constitution- nelles du droit administra- tif, Conseil d'Etat Etudes et Documents, Fas. 8 1954
" "	:	Droit administratif 2 Bde. Paris 1958/59 und 1961
VOIRIN Pierre	:	Le vieillissement du Code Civil, Annales Universitatis Saraviensis 1953 IV, S. 66 ff.
WALINE Marcel	:	L'Evolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants, RDP 1921, S. 5 ff.
" "	:	Manuel élémentaire de droit administratif, 4., 6. und 8. Aufl., Paris
" "	:	De la situation juridique de l'usager d'un service public, Revue critique 1933 S. 237 ff.
" "	:	Vicissitudes récentes de la notion de service public Rev. adm. 1948, S. 23
" "	:	Notes de Jurisprudence RDP 1957, S. 101 ff.
" "	:	Jurisclasseur administratif Vorwort
" "	:	Notes de Jurisprudence RDP 1956, S. 1058 ff.
" "	:	Conclusions zu C.E. 4.4.1952, Focken, RDP 1953, S. 469

- WALINE Marcel : De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles, et des moyens d'y remédier, RDP 1948, S. 5 ff.
- " " : Conclusions zu Cass. Req. 23.11.1938, Office National du Tourisme, D 1939-I-101
- " " : Buchbesprechung Zwahlen (s. daselbst) RDP 1959, S. 191
- WEIS : Anmerkung in NJW 1960, S. 1762
- WELTER Erich : Der Staat als Kunde, Heidelberg 1960
- WEYR : Zum Problem des einheitlichen Rechtssystems, AöR Bd. 23, S. 529 ff.
- WOLFF H.L. : Verwaltungsrecht I, 3. und 4. Aufl., Berlin 1961
- ZEISS Friedrich : Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. III, S. 611 ff, Berlin 1959
- ZURMAHR P. : Die Rechtsgültigkeit von Vereinbarungen oder Zusicherungen über die Begründung oder Gestaltung eines Beamtenverhältnisses, Zeitschrift für Beamtenrecht 1954, S. 200 ff.
- ZWAHLEN H. : Le contrat de droit administratif, Zeitschrift für schweizerisches Recht, N.F. Bd. 77, Basel 1958, S. 1a - 218a

Verzeichnisder zitierten, französischen EntscheidungenConseil d'Etat

10. 3.1855 Perrégaux Sy 1855-II-731
- 6.12.1855 Rothschild CE 1855, 705; Sy 1856-II-508
17. 7.1861 Commune de Craon CE 1861, 628
5. 3.1864 Cristofini CE 1864, 228
- 22.11.1867 Ruault Sy 1868-II-291
20. 2.1869 Pinard CE 1869, 188
27. 3.1885 Hutel CE 1885, 361
28. 5.1888 Commune de Saissac CE 1888, 339
- 13.12.1889 Cadot Sy 1892-III-17
17. 7.1895 Clouzard CE 1895, 584
28. 2.1896 Amandies D.P. 1897-III-24
- 16.11.1900 Leboucher CE 1900, 626
28. 6.1901 Ministre de la guerre D.P. 1902-III-104
6. 2.1903 Terrier Sy 1903-III-25
8. 3.1908 Commune de Saint-Jean Ce 1908, 233
4. 3.1910 Thérond D.P. 1912-III-57; Sy 1911-III-17
11. 3.1910 Cie française des tramways CE 1910, 218
8. 7.1910 Casc et Ponsolle CE 1910, 583
28. 7.1911 De La Guérnière CE 1911, 933
31. 7.1912 Sté des granits porphyroïdes Sy 1917-III-15
30. 3.1916 Sté du gaz de Bordeaux CE 1916, 128
7. 4.1916 Astruc Sy 1916-III-49
28. 7.1916 Sté gén. de gaz du Midi CE 1916, 330
20. 7.1917 Automobiles postales Sy 1923-III-56
1. 2.1918 Académie de Médecine CE 1918, 85
8. 2.1918 Sté d'éclairage de Poissy D 1919-III-9
19. 6.1918 Sté des voiliers français CE 1918, 597
28. 6.1918 Sté gén. thermale et balnéaire CE 1918, 642
18. 6.1919 Cie des chargeurs français CE 1919, 520
20. 2.1920 Thérès CE 1920, 193
16. 7.1920 Chirac RDP 1920, 537
6. 5.1921 Cie P.L.M. CE 1921, 454
10. 6.1921 Commune de Monségur Sy 1921-III-49
- 25.11.1921 Savonneries H. Olive RDP 1922, 107
- 23.12.1921 Sté gén. d'armement CE 1921, 124, 1109
31. 5.1922 Berteaux CE 1922, 309
- 15.11.1922 Bocandé CE 1922, 822
- 27.12.1922 Jouvin CE 1922, 997
26. 1.1923 Lafregeyre RDP 1923, 237
7. 3.1923 Hellenic Transport RDP 1923, 433
23. 3.1923 Sté gén. des transports à vapeur CE 1923, 301
- 14.12.1923 Grands moulins de Corbeil CE 1923, 851
18. 1.1924 Ville de Paris CE 1924, 58
7. 3.1924 Cie Transatlantique CE 1924, 273
14. 5.1924 De Lambilly CE 1924, 468
22. 5.1924 Affréteurs réunis CE 1924, 498; D.P. 24-III-24
- 7.11.1924 Allergon CE 1924, 841
- 12.12.1924 Ville de Dieppe RDP 1925, 64

28. 1.1925 The Great Lakes CE 1925, 98
7. 2.1925 Chemins de fer de l'Etat CE 1925, 142
11. 3.1925 Perrier CE 1925, 259
13. 3.1925 Clef D.P. 1926-III-17
18. 3.1925 Moutard CE 1925, 281
25. 5.1925 Sté Moulins Brestois CE 1925, 534
3. 7.1925 De Mestral D 1926-III-17
8. 7.1925 Ledard Sy 1925-III-41
12. 2.1926 S.A. des mines de Carmaux CE 1926, 169
19. 2.1926 Dép. de l'Aisne CE 1927, 191
14. 3.1926 Cie parisienne de navigation Sy 1926-III-59
5. 3.1926 Messageries maritimes CE 1926, 255
7. 1.1927 Triller Sy 1927-III-22
18. 3.1927 Fauvert CE 1927, 360
8. 4.1927 Chemin de fer de l'est Sy 1927-III-89
4. 8.1927 Ets. Charmason CE 1927, 948
13. 6.1928 Uzan CE 1928, 746
22. 6.1928 Sigalas D.P. 1928-III-49; Sy 1928-III-113
- 28.11.1928 Agger CE 1928, 410
18. 1.1929 D.P. 1930-III-10
11. 5.1929 Séguinol CE 1929, 514
21. 6.1929 D'Herbemont Sy 1930-III-20
- 8.11.1929 Mounier D 1930-III-39
30. 1.1930 Quay CE 1930, 123
31. 1.1930 Min. des travaux publics CE 1930, 133
6. 6.1930 Desmarais Sy 1930-III-96
27. 6.1930 Philippe Sy 1931-III-57
30. 6.1930 Boyer et Jullian D 1931-III-83
- 14.11.1930 Sté gén. des abattoirs CE 1930, 936
- 12.12.1930 Sté des moteurs Sy 1931-III-117
6. 5.1931 Hertz CE 1931, 489
17. 6.1931 Ville de Mory CE 1931, 641
8. 7.1931 Fraisse CE 1931, 737
22. 1.1932 Kuhn Sy 1932-III-101
- 8.12.1933 Rousseau Sy 1934-III-62
5. 3.1934 Worms CE 1934, 1243
- 10.11.1934 Toussaint CE 1934, 1037
14. 1.1935 Cie des eaux de Royat D.P. 1935-I-81
20. 1.1935 Lemaire CE 1935, 130
28. 7.1935 Marécar D.P. 1936-III-20
- 25.10.1935 Duchêne CE 1935, 982
2. 6.1936 Boyaval D.H. 1936, 461
24. 6.1936 Ambrosini CE 1936, 577
30. 6.1936 Weill D 1938-I-65
- 18.12.1936 Prade Sy 1938-III-59
17. 2.1937 Sté Alsthom CE 1937, 217
13. 5.1938 Caisse Primaire D 1939-III-65
13. 7.1938 Batté Ce 1938, 1004
15. 2.1939 Hazout CE 1939, 810
10. 1.1940 Andrieux D.H. 1940, 79
12. 1.1940 Lartique CE 1940, 14
23. 2.1940 Courmont CE 1940, 73
13. 2.1942 Commune de Sarlat CE 1942, 49; D.C. 42-I-167
28. 7.1942 S.L.E.S.P. L'Actualité Juridique 42, 443

31. 7.1942 Monpeurt Sy 1942-III-37
14. 5.1943 Commune de Joinville-le-Pont CE 43, 122
21. 1.1944 Léoni RDP 1945, 252
23. 2.1944 Trahand CE 1944, 65
4. 8.1944 Alais, Froges et Camargue Sy 1945-III-4
- 10.11.1944 Sté Nordafricaine CE 1944, 286
21. 1.1945 Cie gén. frigorifique CE 1945, 27
2. 2.1945 Lecte CE 1945, 28
30. 5.1945 Chapelier CE 1945, 111
24. 1.1947 Joly CE 1947, 27
29. 1.1947 Michaux RDP 1948, 78
12. 4.1947 Mimouni L'Actualité Juridique 47, Nr.254/65
23. 4.1947 Ségol CE 1947, 158
27. 4.1947 Ménuguié CE 1947, 618
13. 6.1947 Schmitt RDP 1948, 257; CE 1947, 257
25. 7.1947 Boulois CE 1947, 343
- 20.12.1947 Col de Madagascar D 1947-I-464
21. 1.1948 Pennaroya Sy 1949-III-6
19. 3.1948 Les amis de l'Operette CE 1948, 142
14. 5.1948 Jacquin RDP 1948, 603
9. 6.1948 Cousin CE 1948, 254
9. 6.1948 Ville de Digne CE 1948, 641
- 12.11.1948 Cie des messageries maritimes CE 48, 429
- 8.12.1948 Pasteau RDP 1949, 75
28. 1.1949 Ville de Saint-Etienne CE 1949, 461
8. 6.1949 Devicq CE 1949, 272
12. 7.1949 Perez CE 1949, 350
30. 7.1949 Vollaeys CE 1949, 406
- 21.10.1949 Cie d'assurances La Mutuelle D 50-III-162
- 9.11.1949 Dumont CE 1949, 446
8. 1.1950 Fouque CE 1950, 35
20. 2.1950 Durand-Sachot D 1950, 318
22. 3.1950 Saint-Pierre et Miquelon CE 1950, 177
21. 4.1950 Nuncie CE 1950, 231
28. 4.1950 Sté pour le traitement ... CE 1950, 239
28. 4.1950 Charbonnier CE 1950, 237
- 20.10.1950 Stein CE 1950, 505
- 29.11.1950 Le Roux CE 1950, 533
12. 1.1951 Bonpard CE 1951, 15
26. 1.1951 S.A. Minière Sy 1951-III-44
9. 2.1951 Ministre des Armées CE 1951, 81
9. 2.1951 Sté Bornhauser CE 1951, 81
18. 4.1951 Cie de navigation Fraissinet CE 51, 194
11. 6.1951 Allard CE 1951, 327
29. 6.1951 C.G.T. CE 1951, 378
29. 7.1951 Sté des travaux du Sud CE 1951, 386
- 26.12.1951 Durand et Poitevin CE 1951, 617
9. 1.1952 Gény CE 1952, 19
18. 1.1952 Kissin RDP 1952, 513
25. 1.1952 Boglione CE 1952, 55
2. 4.1952 L'Union CE 1952, 203
4. 4.1952 Focken RDP 1952, 469
9. 7.1952 Sté le tube d'acier CE 1952, 367
25. 7.1952 Broquet Sy 1952-III-117
- 29.10.1952 Sté d'Aubigny CE 1952, 475
- 31.10.1952 Morisset CE 1952, 479
- 28.11.1952 Sté auxiliaire ... CE 1952, 546

23. 1.1953 Audouin JCP 1954-II-79/6
23. 1.1953 Fatigon CE 1953, 32
- 23.12.1953 Lillo CE 1953, 573
23. 1.1954 Comptoir unique ... RDP 1954, 834
5. 3.1954 Soulier Revue juridique et politique de
l'Union française 1954, 624
- 17.12.1954 Grosy RFDA 1955, Nr. 75
5. 1.1955 Cie française des carburants Rev.adm.55,32
6. 7.1955 Baynes CE 1955, 389
12. 7.1955 Clément CE 1955, 415
3. 2.1956 Fontbonne CE 1956, 45
20. 4.1956 Min. de l'Agriculture RDP 1956, 1058
20. 4.1956 Bertin D 1956, 444
20. 4.1956 Ville de Nice RDP 1956, 578
27. 5.1957 Artaud RDP 1957, 119
- 19.12.1957 Caisse Régionale RDP 1958, 330
8. 1.1958 Min. des travaux publics CE 1958, 13
26. 2.1958 Falimé-Gambié CE 1958, 128
21. 3.1958 Salin CE 1958, 187
16. 4.1958 Mas CE 1958, 209
18. 4.1958 Varsa CE 1958, 215
25. 4.1958 Sté des orateurs et conférenciers
RDP 1958, 1020
2. 5.1958 Carigue CE 1958, 251
19. 5.1958 Sté Myrtoon Steamship CE 1958, 793
11. 6.1958 Teulon CE 1958, 339
11. 7.1958 Aka Bile CE 1958, 438
15. 7.1958 Limousin CE 1958, 449
- 1.10.1958 Hild CE 1958, 463
- 14.11.1958 Min. des affaires économiques CE 1958, 554
23. 1.1959 Commune d'Huez RDP 1959, 1060
13. 2.1959 Ville de Biarritz RDP 1959, 1068
25. 2.1959 Hôpital-hospice de Bernay CE 1959, 138
13. 3.1959 Sté Lyonnaise ... RDP 1959, 1069
20. 3.1959 Lauthier CE 1959, 198
22. 4.1959 Christory et Ramboz CE 1959, 782
15. 7.1959 Ville de Saint-Lô RDP 1960, 195
- 9.10.1959 Hôpital-hospice de Dax RDP 1960, 164
11. 5.1959 Dauphin CE 1959, 294
- 6.11.1959 Auguste CE 1959, 582
- 2.12.1959 Gadal RDP 1960, 349
- 4.12.1959 Delmas CE 1959, 651
- 18.12.1959 Vitta Daka RDP 1960, 448
4. 3.1960 Sté des transports ... CE 1960, 168
13. 7.1961 Cie havraise de navigation RDP 1961, 1288
- 25.10.1961 Geromini RDP 1962, 374
- 20.12.1961 Sté de l'Autoroute ... RDP 1962, 376

Tribunal des Conflits

6. 8.1861 Dekeister et Cardin Sy 1862-II-139
8. 2.1873 Blanco Sy 1873-II-153
7. 8.1877 Commune de Langeac CE 1877, 825
30. 7.1887 Guillaumin CE 1887, 617

- 7. 5.1892 Faré D 1893-III-91
- 9.12.1899 Canal de Cignac Sy 1900-III-49
- 12.11.1906 Sayot de Varoux CE 1906, 803
- 29. 2.1908 Feutry D.P. 1908-III-49
- 4. 6.1910 "Le Soleil" Sy 1912-III-154
- 16.11.1913 Meyer CE 1913, 1116
- 22. 1.1921 Cie de l'Ouest Africain Sy 1924-III-34
- 7.11.1922 Manon RDP 1923, 433; CE 1922, 795
- 10. 3.1923 Rousseaux CE 1923, 246
- 4. 6.1923 Cie "Le Soleil" CE 1930, 446
- 17. 7.1923 Sté des magasins généraux CE 1923, 581
- 1. 3.1928 Templier Sy 1928-III-129
- 11. 7.1933 Mélinette Sy 1933-III-97
- 18.12.1933 Bery-Croes Sy 1934-III-36
- 11. 1.1937 Chavon et Selles D.P. 1938-III-70
- 15. 1.1938 De Mare Sy 1938-III-28
- 8. 5.1939 Béccat Sy 1939-III-72
- 24.10.1942 Balliasse-Richaud, Penant 1947-I-3
- 12.12.1942 Sté méditerranéenne ... Sy 1943-III-29
- 12. 7.1945 Docks frigorifiques du Havre CE 45, 278
- 6. 4.1946 Sté franco-tunisienne CE 1946, 327
- 6. 7.1946 Ets. frigorifiques lyonnais CE 1946, 329
- 2. 2.1950 Gaufreteaum CE 1950, 651
- 25. 5.1950 Lecavelier Sy 1950-III-41
- 27. 7.1950 Peulabeuf CE 1950, 668
- 26. 1.1951 S.A. Minière CE 1951, 49
- 22.11.1951 Chélaifa Hassen CE 1951, 643
- 22.11.1951 S.A. Kléber-Capérouse CE 1951, 644
- 27. 3.1952 Grunsberg CE 1952, 622
- 27. 3.1952 Préf. de la Loire-Intér. JCP 1952-IVG-140
- 19. 6.1952 Sté des combustibles ... CE 1952, 628
- 17. 1.1955 Demazure RDP 1955, 123
- 28. 3.1955 Efimieff Rev.adm. 1955, 285
- 28. 3.1955 E.D.F. Cah. J.E.G. 1955 J. 149, 415
- 13. 6.1955 Stanesco D 1955, 637
- 13. 1.1958 Chardon CE 1958, 789
- 13. 1.1958 Préf. de Puy-de-Dôme D 1958, 412
- 3.11.1958 Préf. de l'Aube RDP 1959, 354
- 20. 4.1959 Sté nouvelle d'exploitation CE 1959, 866
- 23.11.1959 Brunneaux Sy 1960-III-246
- 23.11.1959 Santelli CE 1959, 871
- 22. 2.1960 Lagarrigue RDP 1960, 836
- 14.11.1960 S.A. commerciale agricole RDP 1961, 397
- 5. 3.1962 Marcadet RDP 1962, 1021

Sonstige Gerichte

- Cass. 7.7.1869 Préfet de Calvados D.P. 1870-I-9
- Cass. 14.4.1885 Sté lyonnaise ... Sy 1886-I-63
- Cass.Req.31.1.1923 Cie des transports Sy 1924-I-129
- Cass. 4.5.1926 Muttin D 1927-I-125
- Trib.Civ.de l'Aisne 27.12.1926 Girardot D 28-II-116
- Cass.Req. 14.1.1935 Royat D 1935-I-81
- Cass. 30.6.1936 Weill D 1938-I-65
- Cass.Req. 23.11.1938 Office National D 1939-I-101

- Cass. 8.3.1943 Courand et Cie Sy 1944-III-28
 Cass. 20.6.1949 Verdin, Penant 1951-I-1
 Cons.Préf.de Caën 31.1.1950 Dame H. D 1950, 271
 Cass.Comm. 12.12.1951 Gagneux Rev.adm. 1952, 48
 Cour de Paris 2.2.1953 Cégéto CE 1953, 204
 Cass.soc. 13.1.1955 Bouvard JCP 1956 II Nr. 9488
 Trib.adm.de Caën 21.7.1959 Commune de Condé-sur-
 Noireau CE 1959, 839
 Trib.adm.de Caën 1.3.1960 Ministre de la Construction
 Sy 1960-III-20

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Bay. VGH	Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cah. El. Gaz) Cah. J.E.G.)	Cahier juridique de l'Electri- cité et du Gaz
Cass.	Cours de Cassation
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cours de Cassation
Cass. Comm.	Chambre commerciale de la Cours de Cassation
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cours de Cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de Cassation
C.E.	Conseil d'Etat
CE	Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant aux contentieux du Tribunal des Conflits et des Jugements des Tribinaux Adminis- tratifs
Cons. Préf.	Conseil de Préfecture
D	Recueil Dalloz
D.A.	Recueil analytique Dalloz
D.C.	Recueil critique Dalloz
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz
Diss.	Dissertation

D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
Fasz.	Faszikel
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JCA	Jurisclasseur administratif
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JuS	Juristische Schulung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Penant	Recueil Penant
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger
Rev. adm.	Revue administrative
RG	Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen
RG Gruchot	Entscheidung des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen
RPDA	Revue pratique de droit ad- ministratif
s.o.	siehe oben
Sy.	Recueil Sirey
T.C.	Tribunal des Conflits
Trib. adm.	Tribunal administratif
Trib. civ.	Tribunal civil
vgl.	vergleiche
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Sammlung)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

V o r w o r t

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ¹⁾, durch den staatliche Obliegenheiten auf Grund übereinstimmender Willenserklärungen der Beteiligten erledigt werden, nahm im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre lange Zeit einen untergeordneten Rang ein. Wie ein unbedeutendes Rechtsinstitut wurde er in wenigen Worten abgetan oder gar überhaupt nicht erwähnt. Dies stand in krassem Gegensatz zu seiner praktischen Anwendung, die ungeachtet der mangelnden theoretischen Grundlagen mit der Vergrößerung des Aufgabenbereiches der Verwaltung stetig zunahm.

Seit 1957 wird dem Verwaltungsvertrag nach etwa 40 Jahren des "Aschenbrödeldeins" ²⁾ wieder eine zunehmende Beachtung geschenkt. Die Situation ist zwar nicht, wie Baring ³⁾ meint, über Nacht anders geworden, doch es hat sich eine Diskussion um bisherige Grundsätze entspannt, deren Revidierung allein den Weg zu einer Harmonie zwischen Theorie und Praxis öffnen kann.

Nachdem sich die Anerkennung der Existenz verwaltungsrechtlicher Verträge mit Mühe durchgesetzt hatte, führte die Zurückhaltung gegenüber diesen neuen Rechtsverhältnissen zu Interpretationen, die in dem Bemühen,

1) Genauer: der verwaltungsrechtliche Vertrag, da sich die Problematik dieses Rechtsverhältnisses im Wesentlichen auf die Verträge der Verwaltung, also weniger auf die staatsrechtlichen bezieht.

2) so Baring JR 1959, 239

3) a.a.O.

einerseits die geltenden Prinzipien des öffentlichen Rechts strengstens zu wahren und andererseits den Erfordernissen des praktischen Verwaltungslebens Rechnung zu tragen, immer wieder auf unüberbrückbare Schwierigkeiten stießen. Das wiederum vergrößerte das Mißtrauen gegenüber dieser besonderen Art von Vertrag und bewirkte, daß das weite wissenschaftliche Neuland jahrzehntelang brach lag. Diese Zeit ist gekennzeichnet durch das Bestreben, wenigstens die schwachen Grundlagen zu erhalten und sie trotz Kritik aus dem In- und Ausland an ihrer Begrenztheit nicht aufs Spiel zu setzen.

Der entscheidende Vorstoß ist heute mit ausgedehnter Zulassung ¹⁾ und der grundsätzlichen Anerkennung subordinationsrechtlicher Verwaltungsverträge ²⁾ sowie mit der Erneuerung der Subjektionstheorie ³⁾ gelungen. Die Erörterungen haben die volle Konsequenz aus der eingetretenen Lage noch nicht gezogen, sind aber im Vergleich zu den früheren freier und konkreter geworden, und auch die Rechtsprechung hält nicht mehr mit der nötigen Unterstützung der neuen Ideen zurück. Damit erscheint der so lange versperrte Weg für den Aufbau einer umfassenden Lehre des deutschen Verwaltungsvertrages geebnet.

In dieser Situation kann die Betrachtung fremden Rechts eine Hilfe sein. Hierfür bietet sich aus mehreren Gründen das französische Recht in erster Linie an.

Otto Mayer, der die Grundlagen des deutschen Verwaltungsrechts schuf, hat mit seiner Ablehnung des

1) vgl. unten S. 177 ff

2) vgl. unten S. 170 ff

3) vgl. unten S. 188

Vertrages im öffentlichen Recht ¹⁾ ein verhängnisvolles Erbe hinterlassen. Bevor er jedoch das erste Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts verfaßte, hatte er den deutschen Rechtskreis mit der französischen Verwaltungsrechtslehre bekannt gemacht und sie zum Leitbild des werdenden deutschen Rechts erkoren. Er schrieb: "Das französische Verwaltungsrecht wird zugleich noch ein allgemeineres Interesse bei uns beanspruchen können. Zahlreiche Rechtsbegriffe, die jetzt Gemeingut der deutschen Wissenschaft geworden sind, sind ursprünglich auf seinem Boden gewachsen, und gar manches Rechtsinstitut haben unsere Gesetzgebungen, namentlich die süddeutschen, ohne weiteres aus seinem Zusammenhang entnommen" ²⁾, und "Gar manche wertvolle Bestätigung wäre von dort (von der französischen Verwaltungsrechtslehre) zu holen, mancher Gegensatz zu bekämpfen" ³⁾. Diese Worte Otto Meyers sind im Hinblick auf den Verwaltungsvertrag sehr aktuell. Stellt man der Ablehnung dieses Rechtsinstituts das Vorwort Otto Meyers zur ersten Auflage seines "Deutschen Verwaltungsrechts" gegenüber, in dem es heißt: "Es müßte damit (mit der Niederschrift des Werkes) gewartet werden, bis eine gründlichere Durcharbeitung der einzelnen Materien den Weg geebnet hätte", so wird es vielleicht leichter fallen, herkömmliche und im Laufe der Zeit unhaltbar gewordene

1) Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR Bd. 3, 1 ff (42)

2) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S. VIII (Vorwort)

3) Otto Mayer, Theorie ..., S. X

Anschauungen zu revidieren und die neue Entwicklung in dem deutschen Recht des Verwaltungsvertrages ohne die frühere Zurückhaltung zu betrachten.

In dem französischen Verwaltungsrecht beansprucht der öffentlich-rechtliche Vertrag einen großen Raum und hat im Vergleich mit fremden Rechtskreisen die eingehendste Regelung erfahren. Seine weitgehende Zulassung als Mittel verwaltungsmäßigen Handelns hat sich hervorragend bewährt, und seine Theorie bietet ein brauchbares Muster dafür, wie ein Rechtsgebiet, dessen Grenzen von Natur aus flüssig sein und bleiben müssen, möglichst bestimmt umrissen werden kann, ja sogar in vielem kodifiziert werden könnte.

Eine Erfassung des gesamten Rechts des contrat administratif ist innerhalb einer einzigen Dissertation kaum möglich. Die Behandlung des gewählten Themas hat für den derzeitigen Entwicklungsstand des deutschen Verwaltungsvertragsrechts den nützlichsten und aktuellsten Wert.

Die Unterscheidung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag bildet die Grundlage des französischen Verwaltungsvertragsrechts. Sie ergibt die Kriterien des contrat administratif und berührt die vom deutsch-rechtlichen Standpunkt aus unmittelbar interessierenden Fragen. Demgegenüber haben die weiteren Hauptgebiete des französischen Rechts der öffentlich-rechtlichen Verträge - die Probleme des Zustandekommens, der Ausführung und Beendigung der Verträge, die einzelnen Rechte und Pflichten der Kontrahenten und die Gerichtsbarkeit - speziellere Natur und zunächst nur sekundäre Bedeutung. Sie werden in dieser Arbeit nur selten berührt.

Da mit einer reinen Betrachtung des französischen Rechts die Möglichkeiten seiner Eirbeziehung in die Diskussion um den deutschen Verwaltungsvertrag nicht voll genutzt wären, werden im Teil V ¹⁾ die beiden Rechtskreise gegenübergestellt und ihre Berührungspunkte aufgezeigt.

1) Vgl. unten S. 160 ff.

I. Teil

Die Grundlagen des Verwaltungsvertragsrechts

I. Das vertragliche Kriterium

1. Die Existenz der Verwaltungsverträge

Die deutsche Verwaltungsrechtslehre hat sich lange darüber auseinandergesetzt, ob und wie die Begriffe "Vertrag" und "verwaltungsrechtlich" zu koordinieren sind. Die Wesensmerkmale der vertraglichen Freiheit und der Hoheitsgewalt schienen sich nicht in Einklang bringen zu lassen.

Im französischen Schrifttum wird man vergebens eine Meinung suchen, welche die Existenz des contrat administratif bezweifelt oder gar verneint. Das liegt nicht daran, daß "Vertrag" und "verwaltungsrechtlich" im französischen Recht einen anderen Sinn als im deutschen Recht hätten. Die Begriffe tragen in beiden Rechtskreisen die gleichen Hauptwesenszüge. So fragt sich auch Duguit ¹⁾: "Ist im Grunde der Begriff des Vertrages mit dem Staat nicht in sich selbst widersprechend?", ohne dabei aber das Bestehen dieser Institution in Frage stellen zu wollen. Das Problem, ob es überhaupt Verwaltungsverträge geben kann, wird in Frankreich nicht untersucht, weil der contrat administratif, der schon in heute noch geltenden Gesetzen des 18. Jahrhunderts seine Grundlage hat, ein Faktum ist. Er hat seinen festen Platz im französischen Recht und ist aus der Verwaltungspraxis nicht mehr wegzudenken.

1) Droit Constitutionnel, 2. Aufl., S. 364

2. Die Ungleichheit der Parteien und ihrer Positionen

Wesentliches Merkmal des contrat administratif ist die Unterschiedlichkeit der Positionen der Parteien. Da er von dem öffentlichen Interesse beherrscht wird, überträgt dieses auch seine Dynamik auf ihn und macht ihn in gewissem Maße abänderbar, ohne daß es hierzu der Zustimmung des Kokontrahenten ¹⁾ bedarf. Erweist es sich im Laufe der Vertragsdauer, daß die Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses den öffentlichen Belangen entgegensteht, so kann der öffentlich-rechtliche Partner die Vertragsbindung einseitig sogar vollkommen lösen. Die dem contrat administratif immanente Subordination ist das Ergebnis der Anpassung der Lehre an die praktischen Bedürfnisse des Verwaltungslebens und bewirkt, daß die Handlungsfähigkeit der Verwaltung freier wird, weil nicht eine allzu große Bindung des öffentlichen Interesses befürchtet werden muß. Der Boden für eine begründete Kritik, die deswegen den Vertragscharakter verneinen wollte, ist im Laufe der Zeit weitgehend entzogen worden.

Der Einzelne war - auch noch nach der Revolution - früher gegenüber hoheitlichen Maßnahmen zu seinen Ungunsten weit weniger geschützt als heute ²⁾. Er wurde als Vertragspartner in erster Linie als Gegner angesehen und war ungleich strengeren Sanktionen als im Privatrecht ausgesetzt. Für ihn gab es weder Revision noch Rücktritt vom Vertrag. Dagegen war der Staat bezüglich einseitigen Eingreifens in den Kontrakt viel freier und verfügte über einen größeren "pouvoir

1) Der Einzelne als Vertragspartner der Verwaltung wird im französischen Recht kurz Kokontrahent genannt.

2) Vgl. Waline, L'Evolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants, RDP 1951, S. 5 ff.

discrétionnaire" 1). Heute wird der Einzelne mehr als Mitarbeiter angesehen. Die Rechtsprechung zeigt deutlich einen Hang zu seinen Gunsten und die "cahiers des charges" 2) wurden dementsprechend grundlegend reformiert.

Der Einzelne ist bei einseitigen Eingriffen der Verwaltung hinreichend in seinen Interessen geschützt und fühlt sich nicht als Opfer der hoheitlichen Gewalt. Seit 1910 3) gilt der Grundsatz des équilibre financier, des finanziellen Gleichgewichts, nach dem der Einzelne für alle finanziellen Einbussen, die ihn durch hoheitliches Eingreifen in den Vertragsinhalt treffen, voll entschädigt wird. Dieses Prinzip sichert ihm die Deckung seiner Ausgaben, eine billige Vergütung seiner Investitionen und den normalen Gewinn 4) oder wie es de Laubadère 5) und Péquignot 6)

- 1) Heute bedeutet dieser Begriff die Befugnis der Verwaltung, in gesetzlich vorgesehenen Fällen nach freiem Ermessen zu entscheiden. Diesbezügliche Entscheidungen sind - im Gegensatz zu der compétence liée - nur beschränkt nachprüfbar (vgl. Vedel, droit adm. 1961, S. 218/219). Bis vor etwa 50 Jahren gab es "actes discrétionnaires", die der gerichtlichen Kontrolle ganz entzogen waren (vgl. Vedel a.a.O., S. 219).
- 2) Zu deutsch: "Lastenhefte". In ihnen sind die allgemeinen Bedingungen für einen bestimmten Vertragstyp enthalten. Sie werden zur Grundlage des jeweiligen Verwaltungsvertrages gemacht und entsprechen etwa den deutschen allgemeinen Bestimmungen, die für die Verleihung einer Wasserkonzession herangezogen werden. Beispiel: cahier des clauses et conditions générales des marchés des travaux des ponts et chaussées vom 29.12.1910, geändert am 2.7.1913, 15.10.1923, 10.5.1927, 29.9.1931, 18.4.1934 und am 22.4.1937 (abgedruckt bei de Laubadère, traité théorique et pratique des contrats administratifs, Bd. 3, S. 388 ff)
- 3) Grundentscheidung: C.E. 11.3.1910, Cie française des tramways, CE 1910, 218 mit Ausführungen von L. Blum
- 4) So Jèze, RDP 1935, S. 738
- 5) Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Bd. 2, S. 34
- 6) JCA, Fasc. 511, S. 236

ausdrücken, es stabilisiert das Verhältnis von Lasten und Vorteilen, sowie es sich der Kokontra-
hent bei Abschluß vorgestellt hat. Dieser Aus-
gleich geht über die Ersatzansprüche des Privat-
rechts hinaus, insbesondere ist er nicht wie diese
auf den Fall der Nichterfüllung beschränkt.

Dadurch sieht die Lehre die allgemeinen ver-
traglichen Grundsätze als gewahrt an ¹⁾.

Die Theorie des *équilibre financier* (oder auch
équivalence honnête) rechtfertigt die Sub-
ordination im öffentlich-rechtlichen Vertrag ²⁾.

Die Parallelentwicklung im Zivilrecht hat dem-
gegenüber Verträge hervorgebracht, die sehr
unterschiedliche Stellungen der Partner
ermöglichen und bei denen der schwächere wenig
geschützt ist. So meint z.B. Péquignot ³⁾, daß
Gesellschafts- und Arbeitsverträge keine wahren
Verträge mehr sind, und fragt, ob es nicht mit
dem Verwaltungsvertrag bald ebenso sein wird.
Diese Frage war, wie die Entwicklung zeigt, früher
eher berechtigt als heute. Die Voreingenommenheit

1) Waline RDP 1959, S. 192

2) Problematisch ist dagegen die Meinung von
L'Huillier (les contrats administratifs tiennent-
ils lieu de loi à l'Administration? D.C. 53, S.87),
das die Ungleichheit begründende Interventions-
recht des öffentlich-rechtlichen Partners sei eine
verwaltungsrechtliche Praxis und hielte sich daher
im Rahmen des Art. 1135 des Code Civil ("Die Ver-
träge verpflichten nicht nur zu dem, was darin
ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch zu allem,
was nach Billigkeit, Gebrauch oder Gesetz sich
aus der Verbindlichkeit ihrer Natur nach als Fol-
ge ergibt.")
Ponce (Le consensualisme dans les contrats admi-
nistratifs, S. 140) hält dies für eine Sinnent-
stellung der Vorschrift.

3) Théorie générale du contrat administratif, S. 17

gegen die Privilegierung der Verwaltung im contrat administratif besteht trotz seiner einhelligen Anerkennung auch in Frankreich und zeigt sich darin, daß die Verwaltungsrechtler den Vertragsbegriff enger fassen als die zivilrechtlichen Autoren.

So spricht z.B. Jèze den sog. Adhäsionsverträgen, bei denen sich der eine Partner den vom anderen allein gefaßten Bestimmungen ohne Diskussionsmöglichkeit unterwirft, die Vertrags Eigenschaft ab ¹⁾. Im Privatrecht gelten sie nur als besondere Vertragsart, wobei darauf hingewiesen wird, daß dem sich Unterwerfenden die Annahme freistehe ²⁾. Es ist nicht einzusehen, warum im Verwaltungsrecht größere Voraussetzungen an den Vertrag gestellt werden sollen als in seiner Heimat, dem Zivilrecht.

3. Theorien über das Vertragsverhältnis im öffentlichen Recht

Die heute sowohl im Privat- als auch im Verwaltungsrecht geltende Vertragsdefinition ist kurz und umfassend. Sie lautet: der Vertrag ist eine Willensübereinkunft, die Pflichten entstehen läßt. Sie ist ein Extrakt der gesetzlichen Fassung des Code Civil ³⁾, die wiederum römisch-rechtlichen Ursprungs

1) Principes généraux du droit administratif, Bd. 3 1926, S. 11 ff.

2) Colin et Capitant, Cours élémentaire du droit civil, Bd. 2, S. 273
Dereux, Revue Trimestrielle de droit civil, 1910 S. 503 - Beispiel: der Pflichtversicherungsvertrag

3) Art. 1101: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

ist. Diese Formel läßt sich zwar auch auf alle Verwaltungsverträge anwenden, doch wird man mit ihr nicht auskommen, um das vertragsmäßige Handeln der öffentlichen Hand von ihren sonstigen vielfältigen Handlungsformen exakt unterscheiden zu können. Die zivilgesetzliche Definition ist zu weitgehend, was mit der Zunahme öffentlicher Aufgaben und der größeren Teilnahme der Verwaltung am allgemeinen Wirtschaftsleben deutlich geworden ist. Auch das Gesicht des Vertrages selbst hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Die individuelle Ausgestaltung vertraglicher Beziehungen ist von einer Typisierung und von allgemeinen Geschäftsbedingungen zurückgedrängt worden. Da sich gerade das außervertragliche Handeln der Verwaltung nach allgemein festgelegten Bedingungen vollzieht, macht die kollektivistische Entwicklung beim Vertrag seine Abgrenzung schwieriger.

Eine detaillierte Vertragstheorie gab es im öffentlichen Bereich bis zum Ende des 1. Weltkrieges nicht. Im 19. Jahrhundert wurde in Frankreich die individualistische Vertragskonzeption vertreten, nach der die Partner eines Vertrages absolut gleichgeordnet sein mußten ¹⁾. Ohne Differenzierungen zu machen, verlangte diese Theorie, daß der Vertrag durch wirklich gleichwertige und freie Willensbetätigungen entstehe. Für den *contrat administratif*, der von der Ungleichheit der Rechtsposition der Partner ausgeht, war eine solche Forderung nicht erfüllbar.

1) vgl. Péquignot, *Théorie générale* ..., S. 16 f.

Nach 1922, als diese individualistische Vertragskonzeption aufgegeben war, trat Renard mit der Meinung hervor, die Vertragsbedingungen müßten unbedingt von beiden Parteien gemeinsam festgelegt werden, da jeder Vertrag das Ergebnis eines "Feilschens" sei ¹⁾. Bedenkt man, daß selbst im Zivilrecht den sog. Adhäsions- oder Beitrittsverträgen ²⁾ die Vertragsnatur zuerkannt wird und daß die contrats administratifs meist auf der Basis der Lastenhefte, die kaum ein Aushandeln der Bedingungen ermöglichen, abgeschlossen werden, so entspricht Renard's Forderung wenig den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten.

Erst Gaston Jèze ³⁾ entwickelte Ende der zwanziger Jahre eine differenzierte Vertragstheorie, die sich - wenngleich sie nicht ohne Widerspruch blieb - bis heute im Grundsätzlichen gehalten hat. Er baute dabei auf den Vorarbeiten von Duguit ⁴⁾ und Bonnard ⁵⁾ auf, mit denen er zusammen die sog. Schule von Bordeaux vertrat.

Die Theorie von Jèze, Duguit und Bonnard geht von vier Voraussetzungen aus, die für die Annahme eines Vertrages kumulativ vorliegen müssen und durch die sich die Abgrenzung zu den sonstigen Möglichkeiten staatlichen Handelns ergibt:

1) Georges Renard, Cours élémentaire de droit public, S. 70, Anm. 2

2) vgl. hierzu S. 10

3) Principes généraux du droit administratif, Bd. 3, 1926, S. 156 ff; 405ff.

4) Traité de droit constitutionnel Bd. 1, 3. Aufl., S. 398 ff.

5) Précis de droit administratif, 4. Aufl., S. 28 ff.

1. Es muß eine Willensübereinkunft vorliegen. Das entspricht der gesetzlichen Definition, genügt aber nicht zur Charakterisierung eines Vertrages, denn nicht jede Willensübereinkunft ist ein Vertrag. Auch ein Gesetz kommt wie jede Beschlußfassung eines Rates durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande.
2. Die Willensübereinkunft muß zweiseitig sein, d.h. die Erklärungen müssen sich entsprechen und dabei einander entgegengesetzt sein. Durch diese Voraussetzung werden die erwähnten Gesetzes- und sonstigen EntschlieBungen vom Vertrag unterschieden. In diesem Rahmen erfolgt auch die Trennung des Vertrages vom "acte-union", jenem Rechtsinstitut, dessen Name die französischen Juristen nach dem deutschen Wort "Ver einbarung" gewählt haben ¹⁾. Beim "acte-union", der vornehmlich die Gründung von gesetzlich vorgesehenen Verbänden zum Gegenstand hat, wollen die Erklärenden dasselbe, nichts Entgegengesetztes.

Keine zweiseitige Willensübereinkunft stellt schließlich die sog. "opération à procedure" dar, eine Bezeichnung, die Hauriou ²⁾ für behördliche EntschlieBungen geschaffen hat, die der Zustimmung einer anderen Behörde bedürfen. Die Mitwirkung ist hier Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit, nicht aber handeln die Beteiligten entgegengesetzt.

1) vgl. Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 6. Aufl., S. 558

2) Principes de droit public, 2. Aufl., S. 136 ff.

3. Der Vertrag schafft eine Rechtsposition. Damit scheiden aus dem Vertragsrahmen die "actes-conditions", vergleichbar mit den deutschen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten, aus. Beispiele für actes-condition sind Eheschließung, Beamtenernennung, freiwillige Militärdienstverpflichtung und Naturalisation. Bei ihnen fügt sich der Einzelne in eine gesetzliche oder verordnungsrechtliche Situation ein. Die Rechtsstellung ist durch das Gesetz oder die Verordnung geschaffen, nicht durch Vertrag.
4. Endlich muß die durch Vertrag geschaffene Rechtsposition individuell und nicht allgemein und unpersönlich sein. In dieser Beziehung bildet den Gegensatz zum Vertrag der "acte-regle"¹⁾, sogenannt weil allgemeine, objektive und unpersönliche Rechtsstellungen normalerweise durch Gesetz oder eine ähnliche Reglementierung hervorgebracht werden.

Die eben dargestellte Vertragstheorie von Duguit, Bonnard und Jèze gilt heute noch als die maßgebende Auslegung der "Willensübereinkunft, die Pflichten entstehen läßt". Selbst ein Kritiker wie Péquignot erkennt an, daß die Theorie "der Rechtswissenschaft große Dienste geleistet" hat ²⁾.

1) Péquignot, Théorie générale ..., S. 18

2) Théorie générale ..., S. 23

Péquignot, der diese Vertragsauffassung die materielle nennt, da sie die rechtlichen Handlungen aus ihrem Inhalt und nach ihren Wirkungen beurteile, wirft ihr aber vor, sie betrachte das Problem nur von einer Seite und lasse andere Aspekte nicht gelten. Nur eine finale Sicht könne den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung tragen und die nötige Geschmeidigkeit des Rechts wahren ¹⁾.

Dieser Vorwurf ist zu allgemein und kann eine Vielzahl von Theorien betreffen. Péquignot kann der "materiellen Vertragsauffassung" kein tatsächliches Versagen vorhalten. Gegenüber der von ihm vorgeschlagenen finalistischen Betrachtungsweise muß ihr eine bessere und bewährte Anwendbarkeit zugutegehalten werden, da sie bestimmter umrissen ist und weniger die Gefahr widersprechender Auslegungen im Einzelfall in sich birgt.

Ohne ausdrücklich den gesamten von Duguit und Bonnard herausgestellten Unterscheidungsmerkmalen zuzustimmen, nimmt die übrige Lehre das eine oder andere als gegeben hin, ohne die sonstigen abzulehnen ²⁾. Auch die Rechtsprechung scheint sich immer mehr nach dieser Theorie zu orientieren. So schrieb Jèze 1930 ³⁾: "Das freiwillige Militärengagement ist kein Vertrag. Es wendet einen bereits durch das Gesetz geschaffenen Status an." Der Conseil

1) a.a.O., S. 25

2) vgl. Waline, Manuel Élémentaire de droit administratif, 4. Aufl., S. 475 ff, 6. Aufl., S. 557 ff; de Laubadère a.a.O., Bd. 1, S. 7/8, Nr. 1

3) RDP 1930, S. 83

d'Etat hielt jedoch trotz der Tatsache, daß sich hier der Einzelne in eine gesetzlich geregelte Stellung einfügt, daran fest, es handele sich hier um einen Vertrag ¹⁾. Nachdem der Rat noch eine Zeitlang ausweichend von contrats attributifs de situation statutaire gesprochen hatte ²⁾, hat sich nunmehr in seinem Urteil in der Sache Fontbonne vom 3.2.1956 ³⁾ Jèze ⁴⁾ angeschlossen und den Vertragsgedanken aufgegeben.

4. Das Verhältnis der Benutzer eines service public

Besonderen Anlaß zu einem Theorienstreit über die vertragliche Natur gibt das Verhältnis der Benutzer eines service public. Gedacht ist dabei in erster Linie an die Beziehungen des Gas-, Wasser- und Elektrizitätsverbrauchers zu den Versorgungsunternehmen, die immer einen service public ⁵⁾ durchführen. Auch der Eisenbahnreisende und der Kunde der Post sind "usagers d'un service public". Die Problematik dieser Verhältnisse rührt daher, daß sich die Benutzer fast immer von vorneherein festgesetzten Bedingungen unterwerfen müssen, wenn sie in den Genuß der Leistungen

1) C.E. 29.1.1947, Michaux, RDP 1948, S. 78
C.E. 13.6.1947, Schmitt, RDP 1948, S. 257

2) So schon C.E. 16.7.1920, Chirac, RDP 1920, S. 537

3) C.E. 3.2.1956, Fontbonne, CE 1956, S. 45

4) Vgl. auch Jèze in RDP 1948, 259

5) Der Begriff des service public entspricht keinem deutschen Rechtsbegriff, insbesondere nicht dem des öffentlichen Dienstes. Wegen seiner komplexen Natur muß zu seinem Verständnis auf die Ausführungen auf S. 71 ff unten verwiesen werden. Hier mag einstweilen die Definition von Kutsch - v. Krakewitz (AöR Bd. 79, 431) genügen: "Service public ist eine besondere Rechtseinrichtung zur Befriedigung einer bestimmten Art von im allgemeinen Interesse liegenden Bedürfnissen."

des service public kommen wollen, ohne daß es ihnen möglich ist, individuelle Abmachungen zu treffen. Es bestehen einheitliche Tarife, und der Austausch der Leistungen sowie eventuelle Ersatzansprüche regeln sich nach Gesetzen, Verordnungen oder Satzungen. Vergleicht man diese Rechtsbeziehungen mit einem Einkommen, in dem die Partner wählen oder ab- und zugeben können, so bestehen Bedenken, sie beide als Vertrag, der auf den Grundsätzen der Freiheit und Gleichheit der Parteien basiert, anzusehen. Das Benutzerverhältnis birgt aber noch eine weitere Besonderheit in sich, die es schwer macht, es unter dem Begriff "Vertrag" zu subsumieren. Das Unternehmen des service public setzt nicht nur allein die Bedingungen fest, sondern kann, selbst wenn es sich um Dauernutzungsverhältnisse handelt, die Tarife einseitig abändern. Immerhin reicht aber die Willenserklärung des Versorgungsunternehmens nicht aus, um die Rechte und Pflichten aus dem Benutzerverhältnis entstehen zu lassen. Hierzu ist die Antrags- oder die Annahmeerklärung des Benutzers erforderlich. Das ist wiederum ein typisches Merkmal des Vertrages.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Benutzer und service public wurden in Frankreich früher allgemein als vertraglich betrachtet ¹⁾. Nachdem sie aber immer mehr gesetzlich geregelt wurden und im ersten Weltkrieg häufig einseitig geändert werden mußten, rückten Lehre und Rechtsprechung von der Vertragsidee ab. Die viel beachtete sog. Schule von Bordeaux, vertreten durch Duguit ²⁾, Jèze ³⁾ und Bonnard ⁴⁾, sah

1) Z.B. Cass. 14.4.1885, Sy. 1886-I-65

2) Traité de droit constitutionnel, Bd. 1, 3. Aufl., S. 221

3) Principes généraux ..., Bd. 3 (1927), S. 11; Bd. 4 (1934), S. 395 ff.

4) Précis élémentaire de droit administratif, 1926, S. 363 ff.

in dem Benutzerverhältnis grundsätzlich einen acte-condition. Für einen Vertrag bestehe kein Raum, weil die Willenserklärungen nicht "générateur d'une situation juridique individuelle" seien. Wie bei dem acte-condition bestehe für den Einzelnen als Benutzer nur die Möglichkeit, sich in eine "situation objective" einzugliedern. Er nehme nur eine bereits festgelegte, unpersönliche Stellung, eine "situation légale ou réglementaire" an. Bonnard räumt aber trotzdem ein, das Benutzerverhältnis könne unter Umständen individuell sein, ohne es dann allerdings als Vertrag zu bezeichnen ¹⁾. Im übrigen wurde die Vertragsidee nie ganz aufgegeben.

Hauriou spricht einerseits von Verträgen des Benutzers mit einem service industriel ou commercial und unterstreicht andererseits, daß es sich um eine "situation légale ou réglementaire" handelt, die allerdings vertragliche Elemente habe ²⁾. Larroque erkennt auch ausgeprägte vertragliche Züge, meint aber, allgemein müsse man besser von einem acte-condition reden ³⁾. Demgegenüber bekennen sich Waline ⁴⁾ und Blaevoët ⁵⁾ offen zu dem Vertragsgedanken. Waline behauptet nicht etwa, daß die Benutzerverträge vollkommen frei abgeschlossen werden könnten und ihre Bedingungen nicht allgemein festgelegt seien. Aber er sieht hierin keinen Grund, einen Vertrag zu leugnen, denn auch beim normalen Vertrag herrsche keine völlige Freiheit. Ihre Grenze sei durch den ordre public

1) a.a.O., S. 363

2) Précis de droit administratif, 12. Aufl., S. 139 f.

3) Les usagers des services publics industriels S. 136 ff

4) De la situation juridique de l'usager d'un service public, S. 237 ff

5) D 1928-II-116

und die guten Sitten gesetzt, die "situation objective" des Benutzers sei im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung unumgänglich. Für die Annahme eines Vertrages genüge es, daß jede Partei die Entstehung von Pflichten wolle und daß sie sich freiwillig verpflichte. ¹⁾ Die Möglichkeit, daß der Unternehmer des service public die Tarife ändern kann, ist nach Waline auch mit der Vertragstheorie vereinbar, weil dies nur gesetzlich oder sonst allgemein festgesetzt werden könne und die Zulässigkeit sich auch aus der Interpretation der übereinstimmenden Willenserklärungen ergebe. ²⁾

Die heutigen Autoren zeigen sich noch unentschlossen, geben aber dem Vertragsgedanken bei bestimmten Rechtsverhältnissen den Vorzug. So schreibt Charlier: "la situation des usagers est souvent statutaire et quand elle est contractuelle, comme il arrive dans les services industriels ou commerciaux, le contrat est considéré comme se référant à la réglementation statutaire et en acceptant d'avance les modifications unilatéralement apportées par l'Administration" ³⁾. Auch de Laubadère räumt ein, daß das Verhältnis Konzessionär - Benutzer vertraglich sein kann ⁴⁾. Péquignot hebt hervor, daß auch die Willenserklärung des Benutzers vorliegen müsse, der Benutzer ein Recht auf die Leistung des service public habe und die einseitig festgesetzten Bedingungen nur wirksam sein könnten, wenn der Benutzer sie annehme ⁵⁾. Deswegen ist Péquignot "beeindruckt von einer gewissen Ähnlichkeit" zwischen dem Benutzerverhältnis und dem Verwaltungsvertrag, stellt es aber dem Leser anheim zu urteilen ⁶⁾.

1) Waline, a.a.O., S. 238, 240

2) a.a.O., S. 244

3) Le service public in Dalloz, Répertoire de droit public et administratif, Bd. II, 1959, S. 870 Nr. 52

4) La concession de service public in Dalloz, Répertoire ..., Bd. II, 1959, S. 878 Nr. 185

5) Théorie générale ..., S. 96 f.

6) a.a.O., S. 99

Ein ausländischer Leser ist wenig geeignet, hierüber zu entscheiden. Aber im deutschen Recht fehlt es nicht an Parallelen zu diesen Problemen. Hier hat man sich allmählich von der individualistischen Vertragsauffassung Windscheids gelöst. Bärmann ¹⁾ hat sich der Frage der individuellen Gestaltungsfreiheit im Vertrag angenommen und die große Bedeutung der heute üblichen allgemeinen Geschäftsbedingungen unterstrichen. "Massenproduktion hat aber Massenabsatz zur Folge; dieser verlangt nach Typisierung des Umsatzvorganges, da die Möglichkeit einer Individualisierung nicht mehr besteht und auch dieser Umsatzvorgang nach dem Gesetz der großen Zahl rationalisiert werden muß." ²⁾ Das ist dieselbe Situation, die in Frankreich zur Aufgabe der Vertragskonzeption beim Benutzerverhältnis geführt hat. Der deutsche und der französische Rechtskreis unterliegen auch oft dem gleichen Typenzwang wie z.B. bei den zwischenstaatlichen Verkehrsordnungen ³⁾ und besonders seit Bestehen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Bärmann hält auch bei den durch und durch genormten Rechtsverhältnissen daran fest, daß es sich um Zivilrechtsverträge handle ⁴⁾, weil die Vertragsfreiheit nicht als eine natürliche, sondern als eine rechtliche aufzufassen sei, und lehnt den Ausweg, die "massenförmigen" Rechtsverhältnisse, insbesondere die des "Nutzers", dem öffentlichen Recht zu unterstellen, ab.

1) Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948

2) Bärmann, a.a.O., S. 12; ähnlich schon Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 16

3) Vgl. Bärmann, a.a.O., S. 67 ff.

4) a.a.O., S. 90 ff.

Man möchte annehmen, daß es der französischen Rechtslehre leichter fallen müßte, das Benutzerverhältnis als Vertrag anzusehen. Im contrat administratif hat sie schon den Grundsatz der Gleichordnung der Partner aufgegeben und durch die Lastenhefte (cahiers des charges), welche die Bedingungen der meisten Verwaltungsverträge allgemein vorgefaßt haben, dem Partner der Verwaltung die Möglichkeit individueller Abmachungen genommen. Unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht recht verständlich, wenn die französischen Juristen zögern, den Vertragscharakter des Benutzerverhältnisses zu bejahen, zumal sie in dem contrat administratif ebenso einen Vertrag sehen wie in dem normalen Zivilrechtsvertrag.

Zivilrechtliche Verträge, die typisiert sind und bei denen die Diskussion der Parteien über den Vertragsinhalt entfällt, haben zwar eine eigene Bezeichnung (contrats d'adhésion), sind aber gleichwohl in jeder Hinsicht Verträge ¹⁾.

II. Das Verhältnis des privatrechtlichen und des öffentl.-rechtl. Vertrages im allgemeinen

1. Die Grundideen der Unterscheidung

Das Hauptproblem des französischen Verwaltungsvertrages und seine Theorie wurzeln in der Unterscheidung des privatrechtlichen und des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Verwaltung.

Für das staatliche Handeln ist der hoheitliche Befehl typisch. Wenn dieser auch sehr vielgestaltig ist und es dem Hoheitsträger oft ermöglicht, sich die für seine Funktion notwendigen Mittel und Dienste, etwa durch Ausführung "en régie", Beamtenernennung und Ent-
eignung, zu besorgen, so ist dieses Verfahren

1) vgl. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 148 f.; S. auch oben S. 10

nicht in allen Fällen rechtlich oder praktisch durchführbar. Deshalb schließt der Staat auch Verträge, die für ihn "als Kunde" oft die einfachste und normalste Art des Handelns sein werden. ¹⁾ Natürlich kann die Verwaltung nicht alle Ihre Aufgaben durch den Abschluß von Verträgen erfüllen. Die Grenzen liegen dort, wo die Gesetze bezüglich der Art des verwaltungsmäßigen Handelns keine Ergänzung oder Auslegung zulassen. ²⁾ Kein Vertrag, sondern nur ein acte administratif ist möglich, wenn dies ein Gesetz oder eine Verordnung zwingend vorschreibt oder der Gegenstand des Rechtsverhältnisses wegen seiner Natur einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich ist. ³⁾ So kann z.B. der Staat keine Beamten vertraglich einstellen oder sich verpflichten, die Organisation seiner services publics zu ändern.

Dieser Rahmen für die Möglichkeit von Verträgen ist sehr weit gezogen und würde für die Zulässigkeit von Verträgen nach zivilem Recht zu groß sein. Das öffentliche Interesse, das die Verwaltung grundsätzlich auch beim Kontrahieren vertritt, läßt meist eine Bindung des öffentlich-rechtlichen Vertragspartners nicht so zu, wie sie ein privatrechtlicher Vertrag bewirkt. Es kann sich ergeben, daß die Erfüllung der vertraglichen Pflichten nicht oder nicht mehr im Interesse der

1) Vgl. Péquignot, JCA Fasz. 500, Einl. Nr. 2, S. 3

2) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 225 Nr. 214

3) de Laubadère, a.a.O., S. 227 ff; Nr. 217 - 219 vgl. auch Péquignot, JCA Fasz. 505, Nr. 369, S. 41

Allgemeinheit liegt, ohne daß die im Zivilrecht geltende *clausula rebus sic stantibus* dem öffentlichen Interesse durch Vertragsänderung oder -auflösung Rechnung tragen könnte, etwa weil die Ver-änderung der Umstände vorherzusehen war ¹⁾.

Das Mittel, um eine nicht zu vertretende Bindung des öffentlichen Interesses auszuschließen und trotzdem die Beweglichkeit der Verwaltung, welche durch die vertragliche Gestaltung erreicht wird, zu erhalten, ist der öffentlich-rechtliche Vertrag. Dieser gestattet wegen der ihm innewohnenden Subordination zwischen den Kontrahenten den weiten Rahmen für die Zulässigkeit von Verträgen der Verwaltung. Er gibt dem Hoheitsträger die Möglichkeit, einseitig in den Vertragsinhalt einzugreifen, und steht damit seinem Wesen nach zwischen den reinen Hoheitsakten und den Handlungen, die eine Privatperson vornehmen kann. "Die Verwaltung entkleidet sich nicht ihrer hoheitlichen Attribute, wenn sie einen *contrat administratif* schließt" ²⁾.

Sie genießt Vorrechte, die im Privatrechtsvertrag unüblich, mitunter sogar unerlaubt sind. Neben der Subordination unterscheidet sich der Privatrechtsvertrag von dem Verwaltungsvertrag dadurch, daß auf den einen Zivilrecht, auf den anderen öffentliches Recht zur Anwendung kommt. Der *Commissaire du Gouvernement* Corneille begründet dies in seinen berühmten gewordenen *conclusions* zu dem Urteil des *Conseil d'Etat*

1) vgl. hierzu auch S. 173 f unten

2) Jacomet, zu C.E. 5.3.1954, Soulier CE 1954, 624, *Revue juridique et politique de l'Union Française* 1954, 624

vom 8.2.1918 in Sachen Sté d'éclairage de Poissy ¹⁾
folgendermaßen: "In jedem Vertrag, der die Funktion der
services publics betrifft, kontrahiert der Staat nicht
wie eine einfache Privatperson. Er will nicht für be-
grenzte, individuelle Interessen eintreten. Er kontra-
hiert für eine Gemeinschaft, für die Öffentlichkeit, für
die Benutzer der services publics, für ein allgemeines
Interesse. Und jedesmal, wenn er wirklich einen Vertrag
der services publics abschließt, macht er etwas anderes
als das, was ein normaler Vertragspartner, ein Kontra-
hent des Zivil- oder Handelsrechts tut. Dann können aber
auch nicht dieselben Regeln wie bei Privatrechtsverträ-
gen angewandt werden."

Schließlich unterscheiden sich die beiden Vertragsarten
der Verwaltung seit jeher darin, daß für beide Arten
eine verschiedene Gerichtsbarkeit gegeben ist: aufgrund
der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel sind für
Streitigkeiten aus den contrats administratifs die Ver-
waltungsgerichte und für solche aus den contrats de
droit commun die ordentlichen Gerichte zuständig.

Von diesen Trennungskriterien - Subordination und Koor-
dination, Anwendung verschiedenen Rechts und unterschied-
liche Gerichtsbarkeit - ist das eine im Grunde nur die
Folge des anderen. Sie sind für das französische Recht
nur allgemeine Gesichtspunkte und dienen der Lehre als
Ausgangspunkt für die Entwicklung spezieller Kriterien
des contrat administratif, die, um dies kurz vorweg zu
nehmen, heute in den Begriffen des "service public" und
der "clauses exorbitantes du droit commun" enthalten sind.

Allgemein läßt sich der contrat administratif noch
charakterisieren als "Verschmelzung von Einzel- und All-
gemeininteresse" ²⁾ oder als "rechtstechnisches Verfah-
ren, das der öffentlichen Gewalt zur Verfügung gestellt
ist, um das regelmäßige und beständige Funktionieren des
service public durch einfachere und kraftvollere recht-

1) D 1919-III-9

2) Waline, Manuel élémentaire de droit administratif,
6. Aufl., S. 575

liche Mittel zu gewährleisten" ¹⁾.

Demgegenüber beschreibt Stäinhoff ²⁾ das Abschließen eines Privatrechtsvertrages durch die Verwaltung so: "Der Staat kann im konkreten Fall die Toga des Souveräns ausziehen und wie ein Offizier, der Zivilkleidung anlegt, um sich freier bewegen zu können, sich auch zivilistisch kleiden, weil dies gewisse Vorteile für die gute Funktion des service public hat." Dabei ist jedoch zu bemerken, daß auch der Zivilrechtsvertrag die Verwaltung nicht von allen Ketten, die ihr die Prinzipien des Rechtsstaates anlegen, befreit und sie nicht zur Privatperson macht ³⁾. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet ihr z.B., unterschiedliche Tarife zu erheben ⁴⁾.

Kann sich also eine Hoheitsperson überhaupt nicht binden, so kann sie nur durch actes administratifs handeln. Ist ein gewisses Mitspracherecht eines anderen und die Übernahme von Verpflichtungen mit der Aufgabe, das Allgemeininteresse zu befriedigen, vereinbar, so ist der Boden für einen contrat administratif geschaffen. Ist die Bindung der Verwaltung keine Gefahr für die Wahrung des Allgemeininteresses, so ist der Weg zum Abschluß eines Privatvertrages frei.

2. Die Einteilung der verwaltungsvertraglichen Klauseln

Mit Jèze ⁵⁾ können die Regeln des Verwaltungsvertrages im Hinblick auf seinen Doppelcharakter in folgende Kategorien eingeteilt werden:

1) Jèze, RDP 1945, 252

2) Le fonctionnaire, S. 58

3) Lamarque (Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, S. 530): "Das Privatrecht, das bei der Verwaltung zur Anwendung kommt, ist kein reines Privatrecht."

4) Vgl. C.E. 1.4.1938, Sté l'Acool dénaturé, RDP 1939, 487

5) RDP 1945, S. 251

- Spezialregeln, die nichts Gleichartiges oder Analoges im Privatrecht haben,
- Regeln, die dem Privatrecht entstammen, die aber nach den Erfordernissen des service public mehr oder weniger großen Umwandlungen unterworfen sind. ¹⁾

a) Die Spezialklauseln

Diese sind im Privatrecht entweder unerlaubt oder ungewöhnlich und verleihen dem Vertrag das eigentliche öffentlich-rechtliche Merkmal. Es sind vor allem diejenigen Bestimmungen, die der Verwaltung besondere Vorrechte geben wie z.B. das Kontroll- und Direktivrecht bei der Ausführung sowie das Recht, einseitige Maßnahmen im Allgemeininteresse zu ergreifen. Hierzu zählen aber auch die dem Einzelnen, insbesondere durch die Konzession verliehenen Vorrechte gegenüber Dritten, wie z.B. Gebühren-erhebung, Monopolstellung und Disziplinargewalt.

b) Die dem Privatrecht entstammenden Bestimmungen

Dies sind nicht nur solche, die auf der allgemeinen Vertragstheorie beruhen, sondern auch Klauseln, die sich auf einen speziellen Zivilrechtsvertragstyp beziehen. So beruft sich der Conseil d'Etat bei der Beurteilung von Verwaltungsverträgen etwa auf die verwahrungsvertragsrechtliche Bestimmung des Art. 1917 Code Civil ²⁾ und auf die auftragsrechtliche Vorschrift des Art. 1375 Code Civil ³⁾. Von den allgemeinen Regeln wendet er ausdrücklich Art. 1116 (Arglistenrede) ⁴⁾, Art. 1154 (Schadensersatz) ⁵⁾ und Art. 1166 (Geltendmachung von An-

1) Schon Larnaude erkannte, daß das öffentliche Recht viele Anleihen im Privatrecht macht. (Larnaude: Droit comparé et Droit public, RDP 1902, S. 6)

2) C.E. 9.2.1951, Sté Bornhauser, CE 1951, S. 81

3) C.E. 28.7.1911, De la Guérinière, CE 1911, S. 933

4) C.E. 17.12.1923, Grands Moulins de Corbeil, CE 1923, S. 832

5) C.E. 17.6.1931, Ville de Mory, CE 1931, S. 641

sprüchen des Schuldners gegenüber Dritten durch den Gläubiger) ¹⁾ Code Civil an. Ebenso wird der im Privatrecht zum Teil geltende Grundsatz "qui tacet, consentire videtur" beim contrat administratif herangezogen ²⁾. "Die Bestimmungen des Code Civil werden aber nur insoweit angewendet, als dies mit den Erfordernissen des öffentlichen Lebens vereinbar ist." ³⁾ Die Frage, inwieweit dies geschieht, kann nicht allgemein beantwortet werden. Ihre Lösung wird vom Einzelfall abhängen.

Festzuhalten ist, daß die Theorie des contrat administratif autonom ist und daß keines seiner wesentlichen Prinzipien ein Pendant im Recht des Privatvertrages hat ⁴⁾.

3. Die Einteilung der Verträge

Die Verträge der Verwaltung bilden zunächst zwei Hauptgruppen: die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen. Ihre Unterscheidung ist Gegenstand dieser Arbeit.

Die zivilrechtliche Grundeinteilung der Verträge gilt indessen für alle Verträge der öffentlichen Hand ⁵⁾. So schließt die Verwaltung einseitig und wechselseitig verpflichtende Verträge, wobei es auf die Rechtsnatur nicht ankommt. Typisches Beispiel der ersten Kategorie ist der offre de concours ⁶⁾.

1) C.E. 18.3.1927, Fauvert, CE 1927, S. 360

2) C.E. 23.1.1954, Comptoir unique ..., RDP 1954, S. 834

3) So Rivet zu C.E. 25.11.1921, Savonneries H. Olive, RDP 1922, S. 107

4) So Ponce, Le consensualisme ..., S. 13

5) vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 13 f.

6) s. unten S. 49 ff., S. 125

Wechselseitig verpflichtend sind die sog. "marchés", die sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich sein können ¹⁾. Die Verwaltung kann dergleichen entgeltliche und unentgeltliche Verträge eingehen. Naturgemäß bilden die ersteren den Normalfall, doch kommen im Verwaltungsbereich auch privatrechtliche Schenkungen und Leihen vor und der öffentlich-rechtliche Verwahrungsvertrag ist ebenso unentgeltlich wie der Depotvertrag nach Art. 1917 Code Civil ²⁾. Schließlich findet man im öffentlichen Recht wie im Privatrecht den sog. Quasikontrakt, eine Bezeichnung, unter der die französische Rechtsprechung Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung zusammenfaßt. Es kommt zum Beispiel vor, daß ein Unternehmer auf Grund eines noch nicht gültigen oder nichtigen Vertrages über öffentliche Arbeiten ³⁾ Leistungen erbringt und deswegen einen Bereicherungsanspruch gegen die Verwaltung hat oder daß der Unternehmer vertraglich nicht vorgesehene, aber notwendige Arbeit ausführt und dafür Vergütung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung verlangen kann ⁴⁾.

Auf zivilrechtlichem Gebiet schließt die Verwaltung dieselben Verträge wie Privatpersonen, also insbesondere die im Code Civil speziell behandelten Arten wie Kauf-, Pacht-, Werkverträge usw. Eine Besonderheit ergibt sich hier durch die Einteilung in gesetzlich privatrechtliche Verträge der Verwaltung

1) das gilt insbesondere für den "marché de fourniture" (s.S. 128 ff)

2) vgl. de Laubadère a.a.O., Bd. 1, S. 15, Anm. 10

3) ein solcher Vertrag ist immer öffentlich-rechtlich, vgl. unten S. 44 ff u. 122 ff

4) vgl. de Laubadère a.a.O., Bd. 1, S. 16 ff;
C.E. 27.6.1930, Philippe, Sy. 1931 - III - 57

und in Verträge, die kraft ihrer Natur privatrechtlich sind. Die ersteren - das sind die Verträge in Bezug auf die Verpflegung des Heeres, Verträge über die Aufnahme nichtunterstützungsbedürftiger Personen in Krankenhäusern und Verpachtungen kommunaler Abgaben ¹⁾ - haben keine Gegenstücke im normalen Privatrechtsverkehr und beruhen auf Sondergesetzen.

Auch bei den Verträgen des öffentlichen Rechts gibt es die besondere Einteilung in gesetzlich öffentlich-rechtliche und in "contrats administratifs par nature". Die ersteren bilden einen *numerus clausus*, der auch nicht im Rahmen der Vertragsfreiheit erweitert werden kann ²⁾. Die Zahl der nicht gesetzlich bestimmten Verwaltungsverträge ist dagegen ebensowenig wie die der Zivilrechtsverträge begrenzt. Nur für die häufigsten dieser Verträge haben sich besondere Bezeichnungen herausgebildet ³⁾. Aus zivilrechtlicher Sicht stellen sie sich meist als gemischte Verträge dar. So enthält der *marché de fournitures* Elemente des Kauf- und des Werkvertrages. Der Vertrag über Transporte für die öffentliche Hand ist mit dem Transportvertrag des Privatrechts vergleichbar ⁴⁾. Je mehr diese Verträge der Verwaltung aber Übereinstimmung mit den im Code Civil

1) vgl. S. 59 ff

2) vgl. S. 44 ff

3) s. unten S. 128 ff

4) vgl. Waline, *Traité Élémentaire de droit administratif*, 6. Aufl., S. 565

behandelten Privatrechtsverträgen zeigen, umso mehr liegt die Vermutung nahe, daß sie auch ihrer Natur nach dem Zivilrecht angehören ¹⁾.

Im übrigen sind die Verwaltungsverträge nicht in Kategorien eingeteilt: Diejenigen, die so keine spezielle Regelung erfahren haben und nach Waline ²⁾ auch keine verdienen, werden "contrats administratifs innommés" genannt ³⁾ und finden ihr Pendant in den ungenannten Verträgen des Zivilrechts ⁴⁾.

4. Die Quellen des Verwaltungsvertragsrechts

Die Grundsätze des Verwaltungsvertragsrechts sind nicht kodifiziert. Sie wurden gemeinsam von Lehre und Rechtsprechung aufgestellt, seit es eine Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich gibt. Allerdings beriefen sich schon die ersten Verwaltungsgerichte zur Rechtfertigung ihrer Zuständigkeit auf Gesetze, die zum Teil noch heute für die Bestimmung des Vertragscharakters gelten. Zu nennen sind hier die Gesetze vom 17.7.1790 ⁵⁾ und vom 26.9.1793 ⁶⁾, die berühmte loi du 28 pluviôse an VIII ⁷⁾, der arrêté des consuls du 3 floréal an VIII ⁸⁾ und das Dekret vom 11.6.1806 ⁹⁾. Die drei letztgenannten

1) Vgl. unten S. 148 ff.

2) a.a.O., S. 565

3) Vgl. Waline, a.a.O.,
Péquignot, Théorie générale ..., S. 52

4) So Vedel, droit administratif, 1961, S. 660

5) Jur. gén. V^o Trésor public, S. 1093

6) Jur. gén. V^o Trésor public, S. 1103

7) Jur. gén. V^o Travaux publics, S. 841

8) Jur. gén. V^o Eaux minérales, S. 503

9) Jur. gén. V^o Conseil d'Etat, S. 180

Vorschriften begründen für Streitigkeiten aus bestimmten Verträgen der Verwaltung die verwaltungsgerichtliche Kompetenz, ohne daß ihnen eine einheitliche Konzeption über die Kriterien des öffentlich-rechtlichen Vertrages zugrundeliegt. Die beiden erstgenannten Gesetze haben keine Bedeutung mehr. Bei der Behandlung der gesetzlichen Verwaltungsverträge in den Teilen II und IV der Arbeit wird sich zeigen, daß die schon so früh gesetzlich qualifizierten *contrats administratifs* oft auch heute, da es eine bestimmte Theorie über die öffentlich-rechtliche Natur des Vertrages gibt, nach den geltenden Grundsätzen denselben, d.h. den verwaltungsrechtlichen Charakter haben.

Um den Aufbau einer Lehre des Verwaltungsvertrages hat sich vor allem die Rechtsprechung des Conseil d'Etat verdient gemacht. In zahlreichen historischen Entscheidungen hat dieses Gericht nach und nach die Merkmale des *contrat administratif* entwickelt. Es versteht sich, daß die Entscheidungen zwar richtungsweisend sein, jedoch nicht das gesamte Verwaltungsvertragsrecht umfassend regeln konnten, da sie doch immer an einen Einzelfall gebunden waren. Die entstandenen Lücken hat die Lehre systematisch durch allgemeine Grundsätze ausgefüllt. Nachdem zunächst nur Abhandlungen über spezielle Verwaltungsverträge erschienen waren, stellte Gaston Jèze zum ersten Mal eine einheitliche Theorie auf. ¹⁾

Es gibt zwar heute eine kaum zu überblickende Reihe von Gesetzen, Dekreten usw., die Verwaltungsverträge betreffen. Sie behandeln aber nicht den *contrat administratif* allgemein, insbesondere nicht die hier interessierende Frage der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verträge, sondern nur mehr oder weniger große Kategorien von Verträgen und deren Zustandekommen, Ausführung oder Auflösung. Einige aus

1) Jèze: *Principes généraux du droit administratif*, 4. - 6. Bd.: *Théorie générale des contrats de l'administration*, 1934 - 1936
Vedel (*Droit adm.* 1959, Bd. 2, S. 589) nennt Jèze den "Vater der Theorie der Verwaltungsverträge".

der Vielzahl dieser Vorschriften seien als Beispiele erwähnt.

Das Gesetz vom 10.8.1871 ¹⁾ bestimmt, daß Verträge des Staates durch einen Minister und Verträge der Departements durch den Präfekten in Übereinstimmung mit der "commission départementale" zu schließen sind. Für den Abschluß von Verträgen der Gemeinden ist der Bürgermeister zuständig, der jeweils durch den Gemeinderat bevollmächtigt sein muß (Gesetz vom 5.4.1884 ²⁾). Gewisse Verwaltungsverträge des Staates bedürfen einer Ermächtigung durch Gesetz (so Art. 81 des Gesetzes vom 31.12.1921 ³⁾ bezüglich Staatsanleihen) oder Dekret (Gesetz vom 8.8.1950 ⁴⁾). Der Abschluß staatlicher Verträge setzt nach Art. 17 ff. des Dekrets vom 13.3.1956 ⁵⁾ grundsätzlich eine Ausschreibung voraus. Wie bei Verträgen über öffentliche Arbeiten und Lieferung von Sachen an die Verwaltung die hoheitliche Kontrolle und Aufsicht geführt werden, geht aus dem Gesetz vom 30.10.1935 ⁶⁾ sowie den Dekreten vom 12.2.1955 ⁷⁾ und vom 26.8.1957 ⁸⁾ hervor. Wenn diese Verträge vom Staat geschlossen sind, so gilt das Dekret vom 6.4.1942 ⁹⁾. Ihre Ausführung richtet sich im übrigen auch nach dem Dekret vom 11.5.1953 ¹⁰⁾.

1) D.P. 1871-4-102

2) D.P. 1884-4-25

3) D.P. 1923-4-41

4) D.P. 1950, 178

5) D. 1956, 120

6) D.P. 1935-4-406

7) D. 1955, 268

8) D. 1957, 292

9) D.A. 1942, 103

10) D. 1953, 183

III. Die Entwicklung des Verwaltungs- vertragsrechts.

1. Die Entstehung der Verwaltungsgerichtbarkeit und ihr ursprünglicher Zuständigkeitsbereich.

Der Aufbau der Theorie des *contrat administratif* ist eng mit der Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit verknüpft. Streitigkeiten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gehören seit Bestehen von Verwaltungsgerichten in deren Zuständigkeitsbereich. Das Problem, wann ein Verwaltungsvertrag vorliegt, bestimmte sich immer nach der allgemeinen Frage der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit. Die Kriterien des *contrat administratif* decken sich so auch weitgehend mit den generellen Merkmalen der "öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten".

Das Handeln der Verwaltung unterlag bis zur Revolution nicht der Nachprüfung durch besondere Gerichte. Die ordentlichen Gerichte waren allzuständig. Im Jahre 1790 wurde die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte für alle durch die Tätigkeit der öffentlichen Hand entstandenen Rechtsstreitigkeiten zum Prinzip erklärt. Da es damals noch keine Verwaltungsgerichte gab, erteilte zunächst die Verwaltung selbst den Rechtsschutz, was man übrigens sogar mit dem Prinzip der Gewaltentrennung rechtfertigte. Die Verwaltung müsse, so wurde argumentiert, von jedem Richter unabhängig sein, denn eine staatliche Gewalt könne keine Aktionsmöglichkeit gegenüber einer anderen haben ¹⁾.

1) Vgl. Lücking, die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit,
S. 2, de Laubadère, *traité élémentaire* 1953, S. 148

Im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelte sich dann aus zunächst beratenden Verwaltungsorganen die selbständige Verwaltungsgerichtsbarkeit ¹⁾. Obwohl die Verwaltung als ihr eigener Richter immer zuständig war, wenn sie nur an dem Fall beteiligt war, versuchte sie doch schon bald ihre Zuständigkeit soweit wie möglich durch Gesetze zu begründen ²⁾. Dieses Bestreben war auf die zunehmende Kritik an der zu weiten Fassung des Kompetenzbereiches der Verwaltung zurückzuführen. In vielen Fällen trat der Staat wie eine normale Einzelperson auf. Eine besondere Behandlung der Verwaltung erschien hier nicht gerechtfertigt, erst recht nicht, solange die Verwaltung noch selbst den Rechtsschutz gewährte. Diese Bedenken führten schließlich dazu, daß die Verwaltung nur noch entscheiden durfte, wenn ein Gesetz sie hierzu ermächtigte (*juge d'attribution*). Es gab jedoch nur wenige Bestimmungen, in denen diese Voraussetzung enthalten war. Hier eine Lösung zu schaffen, war Sinn der "*théorie des actes d'autorité et des actes de gestion*" (Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen).

1) Vgl. Lücking a.a.O. S. 3

2) Vgl. die auf Seite 30 angegebenen Gesetze

2. Die "théorie des actes d'autorité et des actes de gestion"

Diese Lehre, als deren Begründer Aucoc ¹⁾, Ducrocq ²⁾ und Laferrière ³⁾ gelten, war um die Mitte des 19. Jahrhunderts allgemein anerkannt. Nach ihr war die Verwaltung nur zuständig, wenn sie von ihrer Befehlsgewalt Gebrauch machte (acte d'autorité) oder wenn ein Gesetz sie ausdrücklich ermächtigte, über bestimmte Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Alle übrigen Handlungen der Verwaltung unterlagen der Beurteilung durch das ordentliche Gericht, da sie, wie damals angenommen wurde, sich nicht von Handlungen unterschieden, die eine Privatperson vornehmen konnte (actes de gestion).

Die Vertreter dieser Theorie rechtfertigten sie damit, die Verwaltung könne nicht ihr eigener Richter sein, wenn sie sich wie ein Bürger geriere. Das unterschiedliche Tätigwerden des Staates erkläre sich aus seiner Doppelnatur als öffentliche Gewalt und als Rechtspersönlichkeit ⁴⁾.

Diese Stützen der théorie des actes d'autorité et des actes de gestion gerieten aber gegen

1) Conférences sur le droit administratif, 3. Aufl. Bd. 1 Nr. 292

2) Cours de droit administratif, 7. Aufl., Bd. 1 Nr. 64

3) Traité de la juridiction administrative, 2. Aufl., Bd. 1, S. 477, 484 ff.

4) Vgl. Ducrocq, a.a.O., Bd. 1, S. XXXV

Ende des 19. Jahrhunderts ins Wanken. Der aktiven Verwaltung wurde endgültig die Gerichtsbarkeit entzogen ¹⁾. An die Stelle der Auffassung des Staates als Doppelnatur trat die heute noch herrschende Meinung, der Staat bleibe immer eine dem allgemeinen Recht unterworfenene Person, einerlei ob er Verwaltungsakte oder normale Rechtsgeschäfte vollziehe ²⁾. Den entscheidenden Anstoß für die Abkehr von der Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen gaben die Erkenntnisse aus dem praktischen Verwaltungsleben. Die Aufgaben der Verwaltung nahmen zu und mit ihnen der Abschluß von Verträgen. Letztere waren vielfach durch die öffentliche Gewalt geprägt und erforderten daher eine andere Beurteilung als die zivilen Rechtsgeschäfte. Die Frage, wie die gemischten hoheitlich - privaten Handlungen zu beurteilen seien, konnte die Theorie Aucocs und Ducrocqs nicht mehr beantworten. Die strenge Einteilung in actes d'autorité und actes de gestion wurde

1) Den Schlußstrich dieser Entwicklung zog die Entscheidung C.E. 13.12.1889 Cadot Sy. 1892-III-17;
vgl. Lücking, Die Grundlagen ..., S. 3

2) Vgl. Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, S. 84;
Michoud, La théorie de la personnalité morale, 2. Aufl. Bd. 1, S. 277

immer schwieriger ¹⁾.

Laferrière versuchte noch die Theorie der tatsächlichen Situation anzupassen und machte den Kompromiß, auch solche Verträge, die zwar nicht gesetzlich als verwaltungsrechtlich deklariert, jedoch eine "Bedingung der Hoheits-handlung und zu dieser akzessorisch" seien, in die Reihe der actes d'autorité aufzunehmen ²⁾. Sein Bemühen hatte jedoch keinen Erfolg. Die Lücke in der Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlung war zu groß geworden, um sie mit einer Ausnahmeregelung, die ohnehin wenig konkret war, zu schließen. Sowohl die rechtstheoretischen als auch die praktischen Grundlagen hatten sich gewandelt.

1) Vgl. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3. Aufl., Bd. 2, S. 345; Bonnard, Précis de droit administratif, 3. Aufl., S. 68; Lücking (a.a.O., S. 17) führt die Aufgabe der théorie des actes de puissance publique (= actes d'autorité) et des actes de gestion entscheidend auf den Willen der französischen Juristen zurück, möglichst die gesamte Tätigkeit der Verwaltung nicht-zivilrechtlichen Normen zu unterstellen, wobei er auch in den Verträgen der Verwaltung und in der Schadenshaftung des Staates den Anstoß für dieses Bestreben sieht. Dem ist entgegen zu halten, daß die Idee, das gesamte Handeln der Verwaltung einer Gerichtsbarkeit zu unterstellen, schon früher nach kurzer Zeit aufgegeben worden ist und es schon vor der Geltung der Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen Verträge der Verwaltung gab.

2) Cours ..., Bd. 1, S. 588 ff, 604

3. Die Bildung der geltenden Kriterien des contrat administratif

Die Rechtsprechung war es, die der Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen den Todesstoß versetzte. Als Grundentscheidung für die neue Lehre gilt der Arrêt Blanco des Tribunal des conflits vom 8.2.1873 ¹⁾.

Spuren der Änderung zeigten sich jedoch schon in früheren Urteilen ²⁾. Der Fall Blanco betraf das Deliktsrecht: Arbeiter der städtischen Tabakmanufaktur hatten beim Beladen eines Waggons mit Tabak ein Kind verletzt. Das Gericht stellte sich auf den Standpunkt, ein ordentliches Gericht dürfe über Handlungen der Verwaltung, die diese im Zusammenhang mit einem service public getätigt hat, nicht urteilen. Dies sei Sache des Verwaltungsrichters, der besser mit den Bedürfnissen der öffentlichen Dienste vertraut sei.

Hiermit war zum ersten Mal das - heute noch geltende - Kriterium des service public zur Unterscheidung der verschiedenen Handlungen eines Hoheitsträgers eingeführt. Es dauerte aber noch eine Weile, bis das neue Merkmal auch für die Unterscheidung der Verträge angewandt wurde.

Die Entscheidung des Conseil d'Etat vom 6.2.1903 in Sachen Terrier ³⁾ stellte zum ersten Male

1) T.C. 8.2.1873, Blanco, Sy. 1873-II-153

2) z.B. C.E. 10.3.1853, Perregaux, Sy. 1853-II-731
C.E. 6.12.1855, Rothschild et Gloxin,
Sy. 1856-II-508
T.C. 6.8.1861, Dekeister et Cardin,
Sy. 1862-II-139
C.E. 22.11.1867, Ruault, Sy. 1868-II-291

3) C.E. 6.2.1903, Terrier, Sy. 1903-III-25

heraus, daß das im Arrêt Blanco aufgestellte Prinzip der Beziehung zwischen service public und Dritten a fortiori für vertragliche Bindungen im Zusammenhang mit der Organisation und Funktion des service public gelten müsse.

Das Departement Saône-et-Loire hatte für die Vernichtung von Schlangen eine Prämie ausgesetzt, und es bestand nun Streit bezüglich einer Restzahlung für getötete Tiere an den Jäger Terrier. Der Conseil d'Etat nahm einen öffentlich-rechtlichen Vertrag an, da der allgemeine Aufruf typisch hoheitsrechtlich und im Allgemeininteresse ergangen sei, was die Schaffung eines service public für Schlangenbekämpfung darstelle. Das Urteil enthält aber noch zwei weitere bedeutende Grundsätze.

Einerseits schränkte es die weite Fassung der natürlichen Verwaltungsverträge wieder ein, denn das Kriterium "en vue d'un service public" hatte sich doch als zu dehnbar erwiesen ¹⁾. Deshalb wies die Entscheidung den Richter an, festzustellen, ob der infragestehende öffentliche Dienst verwaltungsmäßigen Regeln oder privatrechtlichen Bedingungen folge. Das Handeln im Allgemeininteresse genüge nicht, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag anzunehmen, da sich der Hoheitsträger freiwillig den für den Einzelnen geltenden Bestimmungen unterwerfen könne. Damit wurde der Tatsache, daß die Verwaltung freiwillig auf ihre hoheitlichen Rechte verzichten kann, und dem Umstand, daß dies auf das Wesen des Vertrags verändernd wirkt, Rechnung getragen.

1) Zur Bedeutung des Begriffs "service public" vgl. unten S. 71 ff.

Die Erforschung der Natur des Verwaltungsvertrages veranlaßte den Conseil d'Etat im Fall Terrier andererseits auch das Gebiet dieses Vertrages zu erweitern.

Trotz des Urteils Blanco wurden sämtliche Verträge der Departements, Gemeinden und der anderen lokalen Verbände weiterhin als privatrechtlich angesehen, da niemals ein Gesetz für sie die Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmt hatte. Dies galt auch dann, wenn der Vertrag eindeutig öffentlich-rechtlicher Natur war ¹⁾. Alle Gesetze, welche die verwaltungsgerichtliche Kompetenz vorschrieben, bezogen sich nur auf die Verträge des Staates. Nun überwand der Conseil d'Etat die Scheu, die Natur dieser von jeher als privatrechtlich angesehenen Verträge zu untersuchen, und fand heraus, daß für diese die gleichen Grundsätze wie für die Verträge des Staates gelten müssen. In Anwendung dieser neuen Thesen wurde zum ersten Mal ein nicht gesetzlich geregelter Vertrag, der darüber hinaus noch von dem allgemeinen Rat eines Departements beschlossen war, als verwaltungsrechtlich betrachtet.

Die Idee, daß die Verbindung eines Vertrages mit einem service public für den verwaltungsrechtlichen Charakter spricht, wurde in weiteren Unterscheidungen aufgegriffen und präzisiert ²⁾.

1) Vgl. C.E. 28.5.1888, Commune de Saissac, CE 1888, S. 339

2) T.C. 12.11.1906, Sayot de Varoux, CE 1906, S. 803 ("Der Begriff des service public ist die Grundlage der Unterscheidung der Kompetenzen")
T.C. 29.2.1908, Feutry, DP 1908-III-49
C.E. 4.3.1910, Thérond, DP 1912-III-57 ("Der Vertrag hat die Ausführung eines service public zum Gegenstand").

Die Cour de Cassation - das oberste Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit - gab die Theorie der hoheitlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen erst im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts auf (vgl. Lücking, a.a.O., S. 19)

Die Notwendigkeit der Einschränkung des Kriteriums "service public", die der Conseil d'Etat im Fall Terrier erkannt hatte, wurde aber übersehen. Man prüfte nur, ob der Vertrag die Funktion, Organisation oder Ausführung eines service public zum Gegenstand hatte, und verlor dabei die Frage nach der wirklichen Natur des Rechtsverhältnisses aus den Augen.

In der Sache Compagnie d'Assurances "Le Soleil" ¹⁾ stellte der Tribunal des conflits zum ersten Mal auf "la nature et les effets du contrat" ab. Die eindeutige Aufgabe der Meinung, das Wesen des Verwaltungsvertrages bestimme sich nur danach, ob er einen service public zum Gegenstand habe, brachte die Entscheidung des Conseil d'Etat vom 31.7.1912 ²⁾. L. Blum zog in seinen conclusions zu dieser Entscheidung die Konsequenz: "Beim Vertrag ist nicht zu untersuchen, im Hinblick auf welchen Gegenstand er geschlossen ist, sondern was er nach seiner Natur ist". Der service public, bezüglich dessen er geschlossen sei, müsse ihn beeinflussen und prägen. Die Frage, welche Färbung der Vertrag durch den service public erhält, hat schließlich die Benennung eines weiteren Kriteriums zur Folge gehabt, das nach der herrschenden Lehre "clauses exorbitantes du droit commun" (vom Privatrecht abweichende Klauseln) genannt wird. Sie und das Erfordernis der Bindung an einen service public sowie die Teilnahme einer Person des öffentlichen Rechts sind heute die den Charakter des Verwaltungsvertrages bestimmenden Merkmale.

1) T.C. 4.6.1910, Sy. 1912-III-154

2) C.E. 31.7.1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Sy. 1917-III-15

II. Teil 1)

Die gesetzlich qualifizierten Verträge
der Verwaltung

Vorbemerkung

Wie die Entwicklung des Verwaltungsvertragsrechts gezeigt hat, ergibt sich heute die Rechtsnatur der Verträge der Verwaltung aus bestimmten Kriterien. Eine gesetzliche Ermächtigung für den Abschluß von contrats administratifs ist nicht mehr erforderlich. Trotzdem werden einige Gesetze, die früher als Ermächtigungsnorm galten, noch angewendet. Treffen sie auf einen Vertrag zu, so bedarf es grundsätzlich nicht einer Untersuchung des Rechtsverhältnisses auf seine natürlichen Kriterien hin. Der Vertrag ist dann je nach der Bestimmung des Gesetzes öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, gleich ob er einen "service public" betrifft und "clauses exorbitantes du droit commun" enthält oder nicht. Dabei kann es vorkommen, daß Verträge, die heute als zivilrechtlich angesehen werden müßten, nur wegen ihrer gesetzlichen Qualifikation als öffentlich-rechtliche behandelt werden. 2)

-
- 1) Der Aufbau der Teile II, III, IV entspricht in seinen Grundzügen dem Schema, das heute in den umfassenden französischen Werken über den contrat administratif gebräuchlich ist. Vgl. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Bd. 1, S. 35 - 141; Péquignot, *Jurisclassateur administratif*, Bd. 4, Fasz. 500
 - 2) Vgl. den Fall des Grundstücksverkaufs des Staates unten S. 52 ff
Péquignot (*J.C.A. Fasz. 500, S. 8*) meint, solche Verträge blieben trotz der gesetzlichen Qualifikation privatrechtlich.

Der Grund für diese verhältnismäßig seltenen Abweichungen ist darin zu suchen, daß die meisten den Vertrag qualifizierenden Gesetze aus einer Zeit stammen, als sich die natürlichen Kriterien noch nicht herausgebildet hatten. Um eine Vereinheitlichung der gesetzlichen und natürlichen Verwaltungsverträge ¹⁾ zu erreichen, werden vielfach auch die gesetzlichen contrats administratifs danach beurteilt, ob sie "en vue d'un service public" geschlossen sind und "clauses exorbitantes du droit commun" enthalten ²⁾. In diesem Sinn lassen neuere, einen Vertrag der Verwaltung betreffende Gesetze die Rechtsnatur offen, um sie im Einzelfall einer Bestimmung nach der allgemeinen Theorie zugänglich zu machen. Mit de Laubadère lassen sich die gesetzlichen Verwaltungsverträge daher einteilen in

- gesetzliche Verträge des öffentlichen Rechts, die zugleich natürliche sind,
- gesetzliche Verwaltungsverträge, die nach den allgemeinen Prinzipien privatrechtlich wären,
- gesetzliche Verträge, deren Natur davon abhängt, welche Klauseln sie im Einzelfall enthalten ³⁾.

-
- 1) Seit den Grundsatzentscheidungen Blanco und Terrier (s. S. 38) werden die Verwaltungsverträge, deren Natur nicht durch Gesetz, sondern nach den allgemeinen Kriterien bestimmt wird, allgemein contrats administratifs par nature genannt. Vgl. auch de Laubadère, Traité théorique Bd. 1, S. 34, Nr. 15.
- 2) Vgl. hierzu die Darstellung im Teil IV der Arbeit, in der gesetzliche Verträge neben anderen an Hand der im Teil III behandelten natürlichen Kriterien geprüft werden.
- 3) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1. S. 38, Nr. 17

I. Die gesetzlichen Verträge des öffentlichen Rechts

1. Der Vertrag über öffentliche Arbeiten
(marché de travaux publics).

Dieser Vertrag ist zugleich der bedeutendste und älteste gesetzliche Verwaltungsvertrag. Seine Qualifikation beruht auf der loi du 28 pluviôse an VIII (Gesetz vom 17.2.1800) ¹⁾, deren Art. 4 bestimmt: "Le conseil de préfecture ²⁾ prononcera ... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés".

Für den Begriff "marché de travaux publics" gibt es keine gesetzliche Definition. So blieb es der Lehre und der Rechtsprechung überlassen, das Wesen dieser Rechtsfigur zu bestimmen. Dabei hat sich das Gesicht des Vertrages im Laufe der Zeit mehrfach geändert. Die heutige Grundkonzeption ist gekennzeichnet durch eine weite Fassung des Begriffs. Seiner Erörterung soll zunächst eine unverfängliche Definition, wie sie die Rechtsprechung manches Mal gebraucht ³⁾, vorangestellt werden: ein Vertrag zwischen einer Verwaltung

1) Jur. gén. V^o travaux publics, S. 841

2) Heute: Tribunal Administratif

3) Vgl. Cass. 8.3.1943, Courand et Cie, Sy.
1944-III-28
C.E. 10.11.1944, Sté Nordafricaine d'Industrie
et de Commerce, CE 1944, 286

und einem Unternehmer, durch den sich letzterer verpflichtet, gegen Vergütung ein Grundstück zu bebauen oder zu unterhalten. Hierbei deutet nichts auf einen Unterschied zum Privatrechtsvertrag hin. Die Eigentümlichkeit ergibt sich aus dem in dieser Definition nicht ausdrücklich enthaltenen Begriff "travail public".

Hierunter verstand man bis vor kurzem jede Arbeit, die von der Verwaltung oder auf ihre Rechnung in einem "but d'intérêt général" an einem Grundstück ausgeführt wird ¹⁾. Neuerdings wird ein "travail public" auch angenommen, wenn die Arbeit an einem Grundstück einen Auftrag des service public erledigt ²⁾. Typische "travaux publics" sind die Straßen-, Elektrizitäts- und Kanalarbeiten, Aufbau der nationalen Verteidigung sowie Arbeiten, die den Betrieb von Post und Eisenbahn betreffen.

Der Begriff des "intérêt général" hat auf dem Gebiet des Vertrages über öffentliche Arbeiten eine weite Auslegung erfahren. Er ist z.B. schon

1) Vgl. C.E. 28.7.1942, S.I.E.S.P., kommentiert in L'Actualité Juridique vom 20.11.1952, 443; Waline, Manuel élémentaire de droit administratif, 6. Aufl., S. 470; de Laubadère, Traité élémentaire du droit administratif, 1. Aufl., Nr. 1618; Duez et Debeyre, Traité de droit administratif, Nr. 1247

2) Vgl. C.E. 12.4.1947, Mimouni, kommentiert in L'Actualité Juridique vom 20.6.1957, Nr. 254 und 265; Prieux, Traité pratique du droit des travaux publics Bd. 1, S. 54; in der Verwendung der Idee des service public kann die in der Vorbemerkung zum Teil II erwähnte Tendenz, die allgemeinen Kriterien des Verwaltungsvertrages auch auf die gesetzlichen Verträge der Verwaltung anzuwenden, erblickt werden.

erfüllt, wenn es sich um Arbeiten an einer Kirche handelt ¹⁾, eine Orgel für den Cottesdienst eingebaut ²⁾ oder ein zoologischer Garten unterhalten wird ³⁾. Selbst der Wiederaufbau einer Bäckerei kann eine öffentliche Arbeit darstellen, wenn dies für die Bevölkerung von Interesse ist und die Verwaltung als Besteller auftritt ⁴⁾. Der "intérêt général" vermag auch Nebenabreden ⁵⁾ und Verträgen, die bei Gelegenheit eines Vertrages über öffentliche Arbeiten geschlossen sind ⁶⁾, dessen öffentlich-rechtlichen Charakter zu verleihen. Als Grenzfall öffentlicher Arbeiten sei der Auftrag der Verwaltung genannt, außer den Diensträumen eines Verwaltungsgebäudes auch Wohnungen für das Personal zu errichten. Ob die Arbeiten an den Wohnungen auch öffentlich sind, wird davon abhängig gemacht, ob zwischen ihnen und dem Hauptwerk ein "lien étroit" besteht ⁷⁾.

-
- 1) C.E. 10.6.1921, Commune de Monségur, Sy. 1921-III-49
Tribunal administratif de Caën 21.7.1959, CE 1959, 839
- 2) Cass. 4.5.1926, Muttin, D 1927-I-125
- 3) C.E. 10.1.1940, Andrieux, D.H. 1940, 79
- 4) Tribunal administratif de Caën 1.3.1960, Ministre de la Construction, Sy. 1960-III-200
- 5) C.E. 6.11.1959, Auguste, CE 1959, 582
- 6) C.E. 9.2.1951, Ministre des Armées, CE 1951, 81
- 7) Prieux, Traité pratique ..., S. 60 (Bd. 1)

Wird der "intérêt général" allerdings nur aus finanziellen Gesichtspunkten verfolgt, so kann nicht mehr von einer öffentlichen Arbeit gesprochen werden ¹⁾.

Unter der "Verwaltung", die travaux publics ausführen lassen kann, sind außer Staat, Departement und Gemeinde auch die syndicats de communes, colonies und die établissements publics zu verstehen, nicht hingegen die établissement d'utilité publique ²⁾, die für private Interessengruppen gehalten werden.

Die Voraussetzung, daß für Rechnung der Verwaltung (pour le compte de l'administration) gearbeitet werden muß, ist heute nicht mehr wörtlich zu nehmen. Es genügt, wenn die Arbeit auf Kosten der Verwaltung ausgeführt wird oder das herzustellende Werk sofort oder später in das Eigentum des Hoheitsträgers übergehen soll ³⁾. Schon wenn eine öffentlich-rechtliche Person die Arbeit nur vermittelt hat, kann diese ein "travail public" sein ⁴⁾. Schließlich ist in diesem Zusammenhang nochmals auf die bereits erwähnte Erweiterung des Begriffs ⁵⁾ hinzu-

1) C.E. 2.6.1936, Boyaval, D.H. 1936, 461

2) C.E. 10.11.1934, Toussaint, CE 1934, 1037

3) C.E. 22.6.1928, Sigalas, D.P. 1928-III-49

4) T.C. 28.3.1955, Efimieff, Rev. adm. 1955, 285

5) s. oben S. 45

weisen, nach der es nicht darauf ankommt, ob die Arbeit für Rechnung einer Verwaltung ausgeführt wird, wenn es sich um die "réalisation d'une mission de service public" handelt.

2. Die Konzession öffentlicher Arbeiten (concession de travaux publics)

Abgesehen von dem Fall des marché de travaux publics kann die Verwaltung öffentliche Arbeiten auch noch "en régie" oder auf Grund einer "concession" ausführen lassen. Die concession de travaux publics ist ebenso wie der marché de travaux publics Verwaltungsvertrag und unterscheidet sich von dem marché nur in der Art der Vergütung des Vertragspartners. Anstatt einer Bezahlung durch die Verwaltung bezieht der Unternehmer - Konzessionär seine Vergütung für die Herstellung oder Unterhaltung des Werkes dadurch, daß er dieses selbst nutzt oder Gebühren bei den Benutzern des Werkes erhebt ¹⁾. Der Anwendung der loi du 28 pluviôse an VIII auf die concession de travaux publics stehen daher keine Bedenken entgegen.

Da ursprünglich jede Konzession die Beauftragung eines Privatunternehmers mit der Ausführung einer öffentlichen Arbeit zum Gegenstand hatte, wurden auch noch später, als es noch andere Arten von Konzessionen gab, alle Konzessionen nach der loi du 28 pluviôse an VIII behandelt ²⁾.

1) Vgl. die noch heute geltende Definition des contrat de concession von Chardenet in seinen conclusions zu C.E. 30.3.1916, Sté du Gaz de Bordeaux, CE 1916, 128

2) Vgl. C.E. 12.12.1924, Ville de Dieppe, RDP 1925, 64

Das war noch vertretbar bei den sog. concessions de travaux et de services publics, die sowohl die Ausführung einer öffentlichen Arbeit als auch die Führung eines service public betreffen ¹⁾. Das Gesetz versagte aber bei Konzessionen, die nur die Führung eines service public zum Objekt haben (concession de service public), wie es bei den Autobus- und Kanalschiffahrtskonzessionen der Fall ist. Daher wird heute nur die concession de travaux publics als gesetzlicher Verwaltungsvertrag nach der loi du 28 pluviôse an VIII angesehen. Die Rechtsnatur der übrigen Konzessionen bestimmt sich nach den allgemeinen Kriterien, sofern sie nicht durch andere Gesetze festgelegt ist ²⁾.

3. Die Übernahme von Lasten einer öffentlichen Arbeit durch eine Privatperson ³⁾
(offre de concours im engen Sinn)

Unter "offre de concours" versteht man gemeinhin einen Vertrag, durch den sich eine privat-

-
- 1) Vgl. C.E. 22.6.1928, Sigalas, Sy. 1928-III-113
Ein deutliches Beispiel für die concession de travaux et de services publics bietet der Fall in dem sich eine Privatperson verpflichtet, einen Skihang anzulegen und seinen Betrieb zu übernehmen, um so eine Gemeinde zum Winterkurort zu entwickeln (C.E. 23.1.1959, Commune d'Huez, RDP 1959, 1060).
 - 2) Vgl. hierzu die Ausführungen über die contrats comportant occupation du domaine public, unten S. 54 ff.
 - 3) Lücking (Die Grundlagen der franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 23) übersetzt "offre de concours" in "Übernahme von Lasten einer öffentlichen Arbeit oder eines service public durch eine Privatperson". Die hier interessierende gesetzliche Qualifikation betrifft aber nur die Übernahme von Lasten einer öffentlichen Arbeit.

rechtliche ¹⁾ oder öffentlich-rechtliche ²⁾ Person verpflichtet, eine Leistung in Natur oder Geld ³⁾ zur Förderung der Ausführung einer öffentlichen Arbeit oder einer Organisation des service public zu erbringen ⁴⁾. Als Beispiel hierfür sei der Fall erwähnt, daß ein Privatmann Land oder Geld für den Bau einer Eisenbahnstrecke unter der Bedingung zur Verfügung stellt, daß an einer bestimmten Stelle eine Station eingerichtet wird.

Der Art. 4 der loi du 28 pluviôse an VIII wird auf den offre de concours nur angewendet, wenn er die Ausführung einer öffentlichen Arbeit zum Gegenstand hat ⁵⁾. Auch dies ist noch eine großzügige Interpretation des Gesetzes, da der Art. 4 nur von Verpflichtungen zwischen dem "Unternehmer" öffentlicher Arbeiten und der Verwaltung spricht ⁶⁾. Die weite Gesetzesauslegung ist als Überbleibsel aus der früheren

-
- 1) Vgl. T.C. 30.7.1887, Guillaumin, CE 1887, 617
 - 2) Vgl. C.E. 9.6.1948, Ville de Digne, CE 1948, 641
 - 3) Vgl. C.E. 8.3.1908, Commune de Saint-Jean, CE 1908, 233
 - 4) s. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 43, Nr. 21
 - 5) Von diesem Grundsatz machte die Entscheidung C.E. 17.7.1861, Commune de Craon, CE 1861, 628 eine Ausnahme bezüglich einer Grundstücks-übereignung. Sie gilt aber nicht mehr (vgl. C.E. 5.3.1864, Cristofini, CE 1864, 228)
 - 6) Vgl. die Kritik von Jèze, Les contrats adm., Bd. 1, S. 158

Zeit anzusehen, als die "actes de gestion" nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung von dem Verwaltungsrichter beurteilt werden konnten und die vorhandenen gesetzlichen Grundlagen nicht ausreichten, um alle Streitigkeiten aus rechtsgeschäftlichen Handlungen, die von der öffentlichen Gewalt geprägt waren, der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen ¹⁾.

Da nur der offre de concours, in dem Lasten einer öffentlichen Arbeit übernommen werden, gesetzlich qualifiziert ist, kann es zu Mißverständnissen führen, wenn der Begriff auch für die Übernahme von Lasten eines service public gilt. Deshalb bezeichnet Jèze die letzteren als opérations administratives d'offre de concours ²⁾. Deren Rechtsnatur ergibt sich aus der Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Trennung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen ³⁾.

Der Vertragscharakter des offre de concours ist allgemein anerkannt ⁴⁾. Der Ausdruck

1) Vgl. oben S. 35 ff.

2) Vgl. RDP 1925, 603

3) Vgl. Péquignot, JCA Fasz. 500, Nr. 41 de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 44, Nr. 21; Gervais, Le régime des offres de concours, RDP 1954, 645

4) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 43, Nr. 21; Waline, Manuel élémentaire ..., 8. Aufl., S. 538; Péquignot, Théorie générale ..., S. 44

"offre" spricht zwar nur für das Vorhandensein einer einzigen Willenserklärung, und Jèze sieht im offre de concours auch keinen wirklichen Vertrag, sondern vergleicht ihn mit der Schenkung unter Auflage ¹⁾. Seine Wirksamkeit setzt aber die Annahme durch die Verwaltung voraus, wenngleich es dieser frei bleibt, das Projekt, für das die Leistung erbracht wird, zu verwirklichen ²⁾. Der offre de concours gilt so als Typ des einseitig verpflichtenden Vertrages.

4. Der Verkauf von Grundstücken des Staates (vente d'immeubles de l'Etat)

Auch dieser Vertrag gilt als verwaltungsrechtlich auf Grund der loi du 28 pluviôse an VIII, deren Art. 4 u.a. bestimmt: "Le conseil de préfecture prononcera ... sur le contentieux des domaines nationaux".

Die Anwendung dieses Gesetzes auf die vente d'immeubles de l'Etat erscheint merkwürdig, denn der "domaine national" (= öffentliches Eigentum) ist unveräußerlich und nur Grundstücke des "domaine privé" (= Privateigentum

1) Principes généraux ..., Bd. 3, S. 461

2) Vgl. C.E. 28.1.1949, Ville de Saint-Etienne, CE 1949, 461

der öffentlichen Hand) ¹⁾ können verkauft werden. Der Verkauf des domaine privé unterscheidet sich aber nicht von einem Verkauf nach dem Code Civil. Die Interpretation des Gesetzes läßt sich nur geschichtlich erklären. In der Zeit der französischen Revolution wurden vielfach öffentliche Gebäude und anderes öffentliches Eigentum veräußert. Um den Erwerber nicht etwaigen zivilrechtlichen Regreßansprüchen früherer Eigentümer aussetzen, wurden alle Streitigkeiten, die sich aus dem Verkauf staatlichen Eigentums ergaben, auf Grund der loi du 28 pluviôse an VIII vor die Verwaltungsgerichte gebracht. Diese Übung hat sich bis heute erhalten ²⁾. Die Bestrebungen, die dogmatisch falsch gewordene Interpretation des Gesetzes aufzugeben ³⁾, haben bislang nur

1) Die Abgrenzung zwischen "domaine public (national)" und "domaine privé" ist strittig. Es wird darauf abgestellt, ob die domaines dem "usage direct du public" dienen (C.E. 12.2.1926, CE 1926, 169) oder ob eine "affectation directe ou immédiate soit à un service public soit à l'usage public" besteht (C.E. 28.6.1901, D.P. 1902-III-104). Hauriou (Précis élémentaire du droit administratif, S. 681 f.) stellt auf die Bestimmung des domaine oder auf seine "affectation à l'utilité publique" ab.

2) Vgl. z.B. C.E. 18.4.1958, Varsa, CE 1958, 215

3) Laferrière (Traité de la juridiction administrative, Bd. 1, S. 559) will das Gesetz nur für die Verkäufe in der Revolutionszeit gelten lassen.

das Ergebnis gehabt, daß das Gesetz restriktiv angewendet wird.

Der vente d'immeubles de l'Etat ähnliche Verträge fallen nicht unter das Gesetz. So wurden hier die Verträge des Staates nicht mit denen der Gemeinden, Departements usw. gleichgestellt, was bei anderen Verträgen seit der Entscheidung Terrier der Fall ist ¹⁾. Art. 4 der loi du 28 pluviôse an VIII gilt nur für Grundstücksverkäufe des Staates und nicht für die der anderen Personen des öffentlichen Rechts ²⁾. Die Bestimmung kann nicht entsprechend für den Ankauf eines Grundstückes durch den Staat ³⁾ und nicht für den An- oder Verkauf von beweglichen Gegenständen herangezogen werden ⁴⁾. Schließlich ist auch ihre Anwendung auf so ähnliche Verträge wie den Grundstückstausch ausgeschlossen ⁵⁾.

5. Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums (contrats comportant occupation du domaine public)

Es handelt sich hierbei um Verträge, durch die einer Person, meist einer privaten, zur Nutzung

1) Vgl. oben S. 40

2) Cass. 30.6.1936, Weill, D 1938-I-65

3) C.E. 13.7.1938, Batté, CE 1938, 1004

4) C.E. 22.12.1922, Cassus, Sy. 1926-III-15

5) C.E. 27.3.1885, Hutel, CE 1885, 361

des domaine public ein Besitzrecht an ihm eingeräumt wird. Sie entsprechen den Miet- und Pachtverhältnissen des Code Civil und werden häufig auch als Konzessionen geschlossen ¹⁾.

Die Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums wurden früher einmal als unzulässig angesehen, weil das öffentliche Eigentum seit der Revolutionszeit nicht mehr veräußerlich ist ²⁾. Nachdem einige Gesetze die Möglichkeit solcher Nutzungsverträge anerkannt hatten, begann die Auseinandersetzung über die Natur dieser Rechtsverhältnisse. Dabei sprach einerseits ihre Bezogenheit auf den domaine public für den öffentlich-rechtlichen Charakter, andererseits unterschieden sie sich kaum von den privatrechtlichen Miet- und Pachtverträgen. Überwiegend wurden sie entweder allein wegen ihres Gegenstandes oder unter Anwendung der allgemeinen Theorie des contrat administratif als verwaltungsrechtlich angesehen ³⁾. Die décret-loi vom 17.6.1938 ⁴⁾ beendete den Streit, indem sie bestimmte: "Sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les départements, les communes,

1) z.B. concession de voirie, concession d'outillage dans les ports (C.E. 21.1.1945, Cie. générale frigorifique, CE 194527), concession d'emplacements dans les halles et marchés (C.E. 28.2.1896, Amandies, DP 1897-III-24), concession des abattoirs (C.E. 14.11.1930, Sté générale des abattoirs municipaux de France, CE 1930, 936)

2) Vgl. Cass. 7.7.1869, DP 1870-I-9

3) Vgl. T.C. 11.1.1937, Chavon et Selles, DP 1938-III-70

4) D.P. 1938-IV-323

les établissements publics ou leurs concessionnaires" (Art. 1).

Es bestanden aber zunächst noch Bedenken, die décret-loi auf Rechtsverhältnisse in Bezug auf den domaine public anzuwenden, wenn sie den privatrechtlichen Pachtverträgen entsprachen. Da die Verpachtung von Mineralquellen durch den Staat (baux des sources thermales appartenant à l'Etat) auf Grund des arrêté des consuls du 3 floréal an VIII ¹⁾ Verwaltungsvertrag ist, hielt man dies für eine abschließende Regelung der Verpachtung öffentlichen Eigentums, d.h. alle anderen Arten der Verpachtung des domaine public wollte man nicht als gesetzliche contrats administratifs ansehen, zumal die décret-loi vom 17.6.1938 die Pachtverträge nicht ausdrücklich erwähnte. Seit der Entscheidung des Tribunal des Conflits vom 12.12.1942 ²⁾ ist es jedoch allgemeine Meinung, daß die contrats comportant occupation du domaine public auch Verpachtungen öffentlichen Eigentums einschließen.

Besonderheiten weist die décret-loi insoweit auf, als sie auch auf Verträge aus der Zeit vor dem 17.6.1938 anwendbar ist und somit rückwirkende Kraft hat ³⁾, sowie dadurch,

1) Jur. gén. V^o Eaux minérales, S. 503

2) Sy. 1943-III-29

3) Vgl. C.E. 29.6.1951, C.G.T. CE 1951, 378

daß sie auch Verträge zwischen Einzelnen und Konzessionären betrifft, obwohl diese keine Personen des öffentlichen Rechts sind, deren Teilnahme ansonsten Voraussetzung für die Annahme eines contrat administratif ist.

Im übrigen brauchen die Verträge nicht den bereits bestehenden domaine public zum Gegenstand zu haben. Sie können auch Grundstücke betreffen, die erst öffentliches Eigentum werden sollen. Sie sind in einem solchen Fall selbst dann verwaltungsrechtlich, wenn das Grundstück später aus irgendwelchen Gründen doch Privateigentum bleibt ¹⁾.

Das Hauptproblem bei den Verträgen zur Nutzung öffentlichen Eigentums liegt seit dem Inkrafttreten der décret-loi in der Abgrenzung des domaine public und des domaine privé, die wie bereits aufgezeigt ²⁾, umstritten ist. Grundsätzlich wird man dabei auf die Gemeinnützigkeit (utilité publique) des domaine abstellen müssen. Den Begriff "service public", der sonst zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht verwendet wird, kann man hier kaum heranziehen. Die Idee der "utilité publique" ist umfassender. So stellt z.B. der Religionskultus keinen service public dar, obwohl die Kirchen als ein Teil des domaine public angesehen werden. Wie sich die

1) So C.E. 1.10.1958, Hild, CE 1958, 463
(Anlegung eines Flugplatzes)

2) s. oben S. 53 Fn. 1

Unsicherheit in der Trennung von öffentlichem und privatem Eigentum der öffentlichen Hand bei den Verträgen zur Nutzung des öffentlichen Eigentums auswirkt, mag ein Beispiel zeigen. Friedhöfe zählte man früher zum domaine privé ¹⁾. Daran wurde später noch aus ethischen Gesichtspunkten (!) festgehalten ²⁾. Nach 1935 wurden die Friedhöfe zum domaine public gerechnet ³⁾. Aber noch heute wird der Begräbniskonzession von den Gerichten einmal privatrechtlicher ⁴⁾ und einmal öffentlich-rechtlicher ⁵⁾ Charakter beigemessen.

6. Verschiedene Verträge

- a) Ein typisch rein gesetzlicher, wenngleich wenig bedeutsamer contrat administratif ist die erwähnte (S. 56) Verpachtung von Thermalquellen durch den Staat (baux de sources thermales appartenant à l'Etat). Für Streitigkeiten aus solchen Verträgen bestimmt der arrêté des consuls du 3 floréal an VIII ⁶⁾ die Zuständigkeit des Präfekturrates, an dessen Stelle 1953 die Verwaltungsgerichte getreten sind.

1) T.C. 7.5.1892, Faré, D 1893-III-91

2) C.E. 18.1.1929, D.P. 1930-III-10

3) C.E. 28.7.1935, Marécar, D.P. 1936-III-20

4) C.E. 20.2.1950, Durand-Sachot, D 1950, 318

5) Cons. préf. Caën, 31.1.1950, D 1950, 271

6) Jur. gén. V^o Eaux minérales, S. 503

- b) Auch die Aufnahme mittelloser, unterstützungsbedürftiger Personen in Krankenhäuser (Admission des indigents dans les hôpitaux) beruht nach dem Gesetz vom 15.7.1893 auf einem Vertrag des öffentlichen Rechts.
- c) Von den Verträgen, die Dienstleistungen Privater an die Verwaltung zum Gegenstand und die im übrigen keine einheitliche Rechtsnatur haben, werden die Rechtsverhältnisse, die aus der Beschäftigung von Straf- und Kriegsgefangenen bei Privatpersonen entstehen, als gesetzliche Verwaltungsverträge angesehen. Die Rechtsprechung beruft sich für diese Qualifikation auch auf Art. 4 der loi du 28 pluviôse an VIII, da die Häftlinge meistens bei der Ausführung öffentlicher Arbeiten herangezogen werden ¹⁾. Letzteres braucht jedoch nicht immer der Fall zu sein, weswegen die Kritik de Laubadères ²⁾ an dieser gesetzlichen Grundlage berechtigt erscheint.

II. Die gesetzlichen Privatrechtsverträge der Verwaltung

1. Verträge in Bezug auf die Verpflegung des Heeres
- Nach ständiger Rechtsprechung ³⁾ gehören Streitigkeiten aus diesen Verträgen aufgrund der Artikel 1 und 59 des Dekrets vom 22.4.1905 ⁴⁾ sowie des

1) Vgl. C.E. 11.3.1925, Perrier, CE 1925, S. 259
C.E. 26.12.1951, Durand et Poitevin, CE 1951, 617

2) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 134, Nr. 106

3) z.B. C.E. 13.6.1928, Uzan, CE 1928, S. 746
C.E. 15.2.1939, Hazout, CE 1939, S. 810

4) D.P. 1905-IV-129

Artikel 1 des Dekrets vom 6.11.1930 ¹⁾ vor die ordentlichen Gerichte. Als Erklärung dafür, daß ein service public auf diesem Gebiet privatrechtlich handle, wird angeführt, der service des ordinaires handle sozusagen für Rechnung der Soldaten selbst ²⁾. De Laubadère hält diese Begründung für recht gekünstelt ³⁾.

2. Verträge, welche die Aufnahme nicht-unterstützungsbedürftiger Personen in Krankenhäuser betreffen (contrats d'admission des non-indigents dans les hôpitaux).

Können die aufzunehmenden Patienten die Heilungskosten in Krankenhäusern selbst tragen, so sind die Verträge zwischen ihnen und dem Hospital aufgrund des Gesetzes vom 7.8.1851 ⁴⁾ nach dem Zivilrecht zu bestimmen. Streitigkeiten aus ihnen gehören vor das ordentliche Gericht.

3. Verpachtung kommunaler Abgaben (affermage de taxes municipales).

Nach Artikel 136 des Dekrets vom 17.5.1809 ⁵⁾ gehören Streitigkeiten in Bezug auf die Erfüllung der "Verbrauchssteuerverpachtung" (baux d'octroi) vor die ordentlichen Gerichte. Die Gesetze werden nach ständiger Rechtsprechung auf alle Verträge, die Rechte auf kommunale Gebühren, wie Platz- und

1) J.O. 14.11.1930

2) C.E. 30.1.1930, Quay, CE 1930, S. 123

3) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 53, Nr. 30

4) Jur.Gén. V^o Hospices, S. 75

5) Jur.Gén. V^o Octroi, S. 7

Schlachthofgebühren, übertragen, angewendet ¹⁾. Nach Artikel 136 des Dekrets von 1809 darf der ordentliche Richter nur über die Erfüllung der Verträge entscheiden, während der Verwaltungsrichter für die Auslegung der Verträge zuständig ist. Der gesetzliche Charakter dieser Rechtsverhältnisse bleibt also offen.

4. Die typischen Privatrechtsverträge

Zu den gesetzlichen Privatrechtsverträgen der Verwaltung zählt Péquignot auch die Verträge, die im Code Civil oder im Code de Commerce typisiert sind und ferner die Verträge in Bezug auf das Privateigentum der öffentlichen Hand ²⁾.

Bei der Untersuchung der allgemeinen Kriterien und der Erörterung der hauptsächlichsten Verträge der Verwaltung wird sich zeigen, daß diese nur deshalb meist privatrechtlich sind, weil ihnen durchweg die Kriterien des contrat administratif fehlen, und daß es sehr wohl Fälle gibt, in denen sie öffentlich-rechtlichen Charakter haben.

1) Vgl. T.C. 7.8.1877, Commune de Langeac, CE 1877, S. 825
C.E. 8.7.1925, Ledard, Sy. 1925-III-41
T.C. 25.5.1950, Lecavelier, CE 1950, S. 659
a.M. Sudre (Compétence du Conseil d'Etat en matière des contrats, S. 104), der in diesen Fällen Konzession annimmt.

2) JCA, Fasz. 500, S. 22

III. Teil

Die Kriterien des Verwaltungsvertrages

I. Die verschiedenen Theorien

1. Grundkonzeption

Die Theorie des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist mit der Erfassung des allgemeinen öffentlichen Rechts eng verknüpft. Geraten hier Begriffsbestimmungen ins Wanken, so wirkt sich dies auch auf die Festigkeit der verwaltungsvertraglichen Kriterien aus. Da diesen der Gesetzgeber im übrigen keine besondere Kraft durch Kodifizierung gegeben hat, ist ihr Bestand nicht gesichert und hängt nur von der derzeitig herrschenden Lehre und Rechtsprechung vom Wesen des Verwaltungsvertrages ab.

Nichtsdestoweniger ist die geltende Theorie das Ergebnis einer gemeinsamen, ausgefeilten und systematischen Arbeit der Lehre, die sich nach dem Leitstern der Rechtsprechung ständig orientiert. Letztere zögerte nicht, einer begründeten Kritik Rechnung zu tragen und vermied durch eindeutige Grundentscheidungen Widersprüche und Ungewißheit. Angesichts dieser wachsamten Kontrolle der Judikatur kann gesagt werden, daß sich die heutige Auffassung vom verwaltungsrechtlichen Vertrag trotz einiger unberücksichtigt gebliebener Gegenmeinungen und trotz aufkommender Kritiken, die wegen des Zusammenhangs der Theorie mit den allgemein umstrittenen Begriffen des service public und des intérêt général Nahrung finden, Dauer verspricht.

Wie der verwaltungsrechtliche Charakter eines Vertrages vor den Präzedenzfällen Blanco ¹⁾,

1) T.C. 8.2.1873, Sy. 1873-II-153

Terrier ¹⁾ und Sté des granits porphyroïdes ²⁾ des Vosges bestimmt wird, hat die Darstellung der Entwicklungsgeschichte gezeigt ³⁾. Die heutige Theorie hat die Konsequenz aus den vorerwähnten Entscheidungen gezogen und sieht einen Vertrag dann als verwaltungsrechtlich an, wenn

1. mindestens ein Vertragspartner eine Person des öffentlichen Rechts ist,
2. der Vertrag die Führung oder Organisation eines service public zum Gegenstand hat und
3. der Vertrag Klauseln enthält, die vom Privatrecht abweichen.

Diese drei Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen, wurden, nachdem sie die Rechtsprechung angeboten hatte, in ihrer Gesamtheit von der Lehre jedoch nur zögernd übernommen. Über die Notwendigkeit der Teilnahme einer öffentlich-rechtlichen Person war man sich einig. Die beiden übrigen Voraussetzungen gaben Anlaß zu verschiedenen Theorien, von denen die wesentlichen im folgenden aufgezeigt werden sollen.

2. Die Meinung von Duguit

Duguit sah das Verhältnis des Verwaltungsvertrages zum Zivilrechtsvertrag so wie dessen Beziehung zum Handelsvertrag an und war noch 1923 der Meinung, allein der "but du service public"

1) C.E. 6.2.1903, Sy. 1903-III-25

2) C.E. 31.7.1912, Sy. 1917-III-15

3) s. oben S. 33 ff

ergebe den verwaltungsrechtlichen Charakter ^{1,2)}.

Abgesehen davon, daß die Rechtsprechung schon damals längst diese Meinung aufgegeben hatte, ist das von Duguit vorgeschlagene Unterscheidungsmerkmal zu vage, um für die Praxis verwendbar zu sein, denn wo beginnt das Ziel des service public und wo hört es auf: im Grunde läßt sich fast jede Tätigkeit einer Behörde auf ein öffentlich-rechtliches Ziel zurückführen. Selbst scheinbar rein aus finanziellen Gesichtspunkten geschlossene Verträge können zugleich auch günstige und beabsichtigte Wirkungen für die Allgemeinheit haben. Jeder Schreibmaterialkauf für die Verwaltung dient letzten Endes der Funktion des service public.

3. Die Auffassung von Reglade

Marc Reglade versuchte, dem unbefriedigenden Ergebnis der Duguit'schen Theorie durch die Forderung eines "but direct et immédiat de service public" zu begegnen ³⁾. Die Beantwortung der Frage, wann ein direktes und wann ein indirektes Ziel des service public verfolgt wird, ist in den meisten Fällen nicht zweifelsfrei zu geben, und jede mögliche Antwort würde sich auf eine Reihe ernstzunehmender Argumente berufen können. Eine Theorie mit einem solchen Unsicherheitsfaktor ist zur praktischen Anwendung ungeeignet. Die Rechtsprechung führt zwar auch manchmal das Merkmal

1) Traité de droit constitutionnel, 2. Aufl., Bd. 3, S. 41

2) Der Conseil d'Etat verlangt zwar in seiner Entscheidung vom 23.12.1921 in der Sache Sté Générale d'Armement (C.E. 1921, S. 1109) fakultativ die Bindung an einen service public oder vom Privatrecht abweichende Klauseln. Dies wird jedoch als ein Redaktionsfehler angesehen.

3) RDP 1924, S. 191

der Verwirklichung eines unmittelbaren Zieles des service public zur Begründung des verwaltungsrechtlichen Charakters eines Vertrages an ¹⁾. In diesen Fällen ist jedoch das direkte Ziel des service public und der verwaltungsrechtliche Charakter des Rechtsgeschäfts eindeutig gewesen. De Laubadère kritisiert die Meinung Reglade's mit dem Hinweis darauf, daß es auch Verwaltungsverträge gebe, die nur eine "aide indirecte" für einen service public seien, während andere trotz "but direct" privatrechtlich seien, weil sie keine "clauses exorbitantes" enthielten ²⁾.

4. Die Form als Kriterium

Eine weitere einstmals verbreitete Meinung wollte den Vertrag durch seine Form qualifizieren ³⁾. Auch hierbei ergibt sich die Frage, ob jede aus dem Verwaltungsverfahren stammende Form, wie z.B. das Zustandekommen des Vertrages mittels Ausschreibung oder die Übernahme einiger Bestimmungen aus dem Lastenheft genügt, einen Verwaltungsvertrag anzunehmen. Sich ausschließlich an die äußere Form zu halten, würde dem Sinn der Theorie, der Suche nach der inneren Natur, nicht gerecht werden und zu einem auf diesem Gebiet unmöglichen Schematismus führen. Die Form des Vertrages kann daher wohl als Indiz für den Charakter dienen oder auch

1) z.B. T.C. 7.11.1922, Manon, RDP 1923, S. 433
T.C. 6.4.1946, Sté franco-tunisienne,
CE 1946, S. 327

2) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 65 f, Nr. 44

3) Vgl. Hauriou zur Entscheidung Terrier, Sy. 1903-III-25 ("Formen des Verwaltungslebens"); Blum zur Entscheidung Sté des granits ..., Sy. 1917-III-15 ("Form und Abfassung"); Labbé, Discours de rentrée, 13.12.1923, S. 18; Rouvière, A quels signes ..., S. 156 ("cahier des charges")

manchmal die Merkmale einer vom Privatrecht abweichenden Klausel erfüllen, nicht aber, eine absolute Qualifikation ergeben ¹⁾.

Selbst die Verwendung der reinen privatrechtlichen Form schließt das Vorhandensein eines Verwaltungsvertrages nicht aus ²⁾.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, daß auch der mündliche Vertragsabschluß beim contrat administratif, wenngleich ungewöhnlich, so doch möglich ist ³⁾. In diesem Fall wird normalerweise ein Privatrechtsvertrag vorliegen, da bei dieser Form die vom Privatrecht abweichenden Klauseln schwerlich nachzuweisen sind, insbesondere wenn von ihnen tatsächlich kein Gebrauch gemacht worden ist. Es kann aber aus den oben angeführten Gründen bezüglich der Qualifizierung des Vertrages durch die Form Hauriou ⁴⁾ und Arrighi ⁵⁾ nicht gefolgt werden, wenn sie sagen, ein mündlicher Vertrag sei immer privatrechtlich.

5. Der Vorschlag von Jèze

Jèze hat zum ersten Mal die drei Grundvoraussetzungen, wie sie heute gelten - Teilnahme einer öffentlich-rechtlichen Person, Bindung an einen service public und Vorhandensein von clauses exorbitantes - zusammengefaßt und, zunächst allerdings als Provisorium, für die Bestimmung des contrat administratif vorgeschlagen ⁶⁾.

1) T.C., Sy. 1928-III-130

2) Vgl. Cass. Req. 14.1.1935, Cie des eaux minérales de Royat, D 1935-I-81

3) C.E. 20.4.1956, Bertin, D 1956, S. 433; Ponce, le consensualisme ..., S. 50

4) Précis élémentaire ..., 10. Aufl., S. 42, Nr. 2

5) Essai sur le caractère administratif des marchés de fourniture, S. 57

6) Principes généraux ..., le fonctionnement des services publics, S. 307

Er stellt dabei, wie es auch heute noch geschieht, eingedenk des Vertragscharakters auf den Willen der Parteien, sich dem öffentlichen Recht zu unterwerfen, ab. Dieser Wille müsse sich in einer ausdrücklichen Klausel, in der Form, in der Art der Zusammenarbeit oder in einer anderen Kundgabe zeigen. Diese Ausdrucksformen sind unter den Begriff der vom Privatrecht abweichenden Klausel zu bringen, denn Jèze hat niemals die reine Vertragsform als Qualifikationsmerkmal herausgestellt, und wenn auch die von ihm benutzte Wendung alternativ die Form als Kriterium erwähnt, so ergibt sich doch daraus, daß er seine Theorie aus der Rechtsprechung herleitet und aus der Verbindung von Parteiwille und Form, daß nach der Idee von Jèze die Form nur durch ihre tatsächliche Wirkung auf den Vertrag qualifizierende Kraft haben kann. So kann z.B. die Verwendung eines Lastenheftes bei Vertragschluß je nach ihrer Bedeutung für den Vertragsinhalt zur Feststellung führen, daß es sich um einen Verwaltungsvertrag ¹⁾ oder um einen Privatrechtsvertrag ²⁾ handelt.

In den Fällen, in denen die Verwendung eines Lastenheftes den Vertragsinhalt und den öffentlich-rechtlichen Vertragscharakter mitbestimmt, ist es besser, vom Vorliegen einer "vom Privatrecht abweichenden Klausel" zu sprechen, denn um eine solche handelt es sich hierbei in Wirklichkeit.

1) C.E. 22.3.1950, Territoire des Iles de Saint-Pierre et Miquelon, CE 1950, S. 177

2) C.E. 23.2.1944, Trahand, CE 1944, S. 65

Im Anschluß an die herrschende Theorie wird der Ausgangspunkt der weiteren Betrachtungen folgende Definition des Verwaltungsvertrages sein:

Ein mit einer öffentlich-rechtlichen Person im Hinblick auf einen service public geschlossener Vertrag, dessen Klauseln zum Teil vom Privatrecht abweichen.

II. Die Notwendigkeit der Teilnahme einer Person des öffentlichen Rechts

Ein Vertrag zwischen Privatpersonen kann nicht öffentlich-rechtlich sein. Zumindest ein Partner muß Hoheitsträger sein.

Dieses sich aus der Eigentümlichkeit des Verwaltungsvertragsrechts ergebende Erfordernis wirft die Frage auf, welche Personen dem öffentlichen Recht zugezählt werden und ob die allgemeine organische Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Personen hier gültig ist. Letzteres kann nicht ohne Einschränkung bejaht werden. Keine Zweifel bestehen bei den Grundtypen Staat, Departement und Gemeinde. Schwierig wird die Beurteilung von Organisationen, die verschieden starken öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Einen halb-öffentlichen Charakter hatten z.B. die früheren Berufsorganisationskomitees (comités d'organisation professionnelle). Da ihre Entscheidungen jedoch den Charakter von Verwaltungsakten hatten, werden sie als öffentlich-rechtliche Personen im Sinn des Verwaltungsvertragsrechts angesehen ¹⁾. Dagegen ist den sozialen Sicherheitsorganisationen ²⁾, den regionalen landwirtschaft-

1) Vgl. de Laubadère, Traité théorique, Bd. 1, S. 57, Nr. 34/4

2) C.E. 23.1.1953, Audouin, JCP 1954-II-79/6

lichen Kreditbanken ¹⁾, den nationalen Einkaufsvereinigungen ²⁾ diese Eigenschaft abgesprochen worden. Desgleichen sind auch die gemeinnützigen Vereine keine öffentlich-rechtlichen Personen, sondern Privatorganisationen ³⁾. Öffentliche Einrichtungen wie die Handelskammer ⁴⁾ und die Verwaltungen der Überseugebiete ⁵⁾ sind dagegen wiederum öffentlich-rechtliche Personen. Verträge von Mitarbeitern eines service public wie des Unternehmers öffentlicher Arbeiten ⁶⁾ und der Konzessionäre ⁷⁾ können grundsätzlich nicht verwaltungsrechtlich sein. Eine Ausnahme hiervon macht das Dekret vom 17.6.1938 bezüglich Verträgen zur Nutzung des öffentlichen Eigentums durch Konzessionäre ⁸⁾. Eine Sonderstellung nehmen ferner die Gas- und Elektrizitätswerke nach dem Gesetz vom 8.4.1946 ein. Diese Unternehmen können, obwohl sie Konzessionäre sind, Verwaltungsverträge schließen.

-
- 1) C.E. 31.10.1952, Morisset, CE 1952, S. 479
 - 2) T.C. 17.1.1955, Demazure, RDP 1955, S. 123
 - 3) C.E. 12.1.1951, Bonpard, CE 1951, S. 15
C.E. 28.4.1950, Charbonnier, CE 1950, S. 237
 - 4) C.E. 28.4.1950, Sté pour le traitement industriel des produits de l'Océan, CE 1950, S. 239
 - 5) C.E. 22.3.1950, Territoire des Iles de Saint-Pierre et de Miquelon, CE 1950, S. 177
 - 6) C.E. 9.7.1952, Sté Le tube d'acier, CE 1952, S. 367
 - 7) C.E. 28.11.1952, Sté auxiliaire de distribution d'eau, CE 1952, S. 546
C.E. 20.12.1961, Sté de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur, RDP 1962, 376
 - 8) Vgl. S. 56 f.

Öffentlich-rechtlich können ferner Verträge sein, die ein Einzelner im Namen und für Rechnung einer öffentlich-rechtlichen Person geschlossen hat, da für die Qualifikation die Person des Vertretenen maßgebend sein muß ¹⁾. Unklar erscheint in diesem Zusammenhang eine neuere Entscheidung des Tribunal des conflits ²⁾, die einen Vertrag zwischen Privatpersonen, von denen die eine durch eine öffentlich-rechtliche Person vertreten worden ist, nicht wegen der mangelnden Qualifikation der Partner, was sonst als erste Voraussetzung geprüft wird, sondern wegen Nichtvorhandenseins von Klauseln, die vom Privatrecht abweichen, als zivilrechtlich angesehen hat. Schließlich wird auch der Vertrag zwischen Privatpersonen nicht dadurch zum öffentlich-rechtlichen, daß die Verwaltung nachträglich an die Stelle des einen Kontrahenten tritt ³⁾, erst recht nicht dadurch, daß ein Hoheitsträger beim Vertrag zwischen Privatpersonen interveniert ⁴⁾. Da die Qualifizierung des Vertrages nicht allein von der Eigenschaft der Partner abhängt, sind auch die Verträge zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Personen nicht ohne weiteres verwaltungsrechtlich ⁵⁾.

1) C.E. 27.5.1957, Artaud, RPDA 1957, S. 119
C.E. 16.4.1958, Mas, CE 1958, S. 209

2) T.C. 27.3.1952, Préfecture de la Loire-Intérieure, JCP 1952-IV-G 140

3) C.E. 12.7.1955, Clément, CE 1955, S. 415
de Laubadère (a.a.O., Bd. 1, S. 56, Nr. 34)
scheint anderer Meinung zu sein und die Möglichkeit, daß dadurch aus einem Privatrechtsvertrag ein öffentlich-rechtlicher werden kann, zu bejahen. M.E. ist dies nur durch Begründung eines neuen Vertrages erreichbar. Durch eine derartige Umwandlung würde der Vertragsinhalt grundlegend geändert werden.

4) C.E. 29.7.1951, Sté des Travaux du Sud, CE 1951, S. 386

5) C.E. 13.2.1942, Commune de Sarlat, CE 1942, S. 49

III. Das Verhältnis des Verwaltungsvertrages
zum service public

1. Der Begriff des service public

a) Seine Bedeutung

"Der letzte und längste Haltepunkt der Karawane (auf der Suche nach dem Kriterium des öffentlichen Rechts), der geeignet war, die Konstruktion eines organisierten Verwaltungsrechts auf die höchste Stufe zu führen und der lange Zeit zu der Hoffnung berechtigte, daß das Nomadenleben beendet und das gelobte Land endlich entdeckt war, ist der Begriff des service public gewesen." 1)

Diese Worte von Rivero spiegeln plastisch den Wert dieses Kriteriums für das französische öffentliche Recht wider. Aus der Entwicklungsgeschichte des Verwaltungsvertrages ist zu ersehen, daß es hier dieselbe große Bedeutung erlangt hat und lange Zeit "der Angelpunkt" (Jèze) des Verwaltungsvertragsrechts gewesen ist. Das erklärt sich im Grunde daraus, daß hier sowohl als dort die Suche nach den Grenzen der Verwaltungskompetenzen am Anfang der Problematik steht.

b) Die ursprüngliche Konzeption

Als die Richter des arrêt Blanco in dem Begriff des service public zum ersten Mal das Trennungs-

1) Rivero, RDP 1953, 279

merkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht sahen, stellten sie sich unter dem service public ein hoheitliches Unternehmen vor, dessen Funktion nur von Personen des öffentlichen Rechts ausgeübt wird. Sie verstanden den service public also nur organisch, als Verwaltungseinheit. Die drei Grundformen der Verwaltungsorganisation haben sich bis heute erhalten. Ein service public kann organisiert sein als service public en régie, der den verwaltungseigenen Betrieb ohne selbständige Rechtspersönlichkeit darstellt, als établissement public mit eigener Rechtspersönlichkeit und als service public concédé, der von einem Privatunternehmen unter hoheitlicher Aufsicht betrieben wird ¹⁾. Als Organisation war der service public konkretisiert, uns so lange er in diesem Sinn als Trennungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht verwendet wurde, war die Frage der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wenig problematisch.

c) Die Wandlung des Begriffs

Die Verwaltung wurde aber bald auch in Unternehmen tätig, die ihrer Natur nach privatrechtlich erschienen, für die Allgemeinheit jedoch von großer Bedeutung waren. So intervenierte der Staat, als die Gas- und

1) Vgl. Lücking, Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 18; Schnur, Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht, AöR Bd. 79, 420

Elektrizitätsversorgung vereinheitlicht und das Eisenbahnnetz ausgedehnt wurde. Der Betrieb solcher Unternehmungen rechtfertigte nicht immer die Anwendung öffentlichen Rechts. Von den typischen Privatbetrieben unterschied er sich nur dadurch, daß er von öffentlichem Interesse war. Dies allein genügte aber der Rechtsprechung in einigen Fällen schon, bei diesen Unternehmen von services publics zu sprechen. Die Bedeutung dieses Vorgehens erkannte Hauriou schon im Jahre 1900, als er nach einem Urteil, das eine im öffentlichen Interesse bestehende Vereinigung von Privatpersonen als service public ansah, warnend schrieb: "Unser Staat wird verändert." ¹⁾ Die Erkenntnis, daß ein service public auch privatrechtlich geführt werden kann, zwang zu einer Revision der Auffassung, daß die Beteiligung eines service public schlechthin genüge, ein Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. So kam es zu den Einschränkungen, welche die bekannten Entscheidungen Terrier und Sté des granits porphyroïdes des Vosges ²⁾ machten, nämlich das es darauf ankomme, welcher Normen sich der service public bediene und wie er die Natur der zu seiner Funktion erforderlichen Tätigkeit präge. Mit diesen Vorbehalten konnte einstweilen an der Idee des organischen service public festgehalten werden, denn immer noch stellten die services publics, die privatrechtlichen Normen unter-

1) Conclusions zu T.C. 9.12.1899, Canal de Cignac, Sy. 1900-III-49

2) s. oben S. 39 ff.

lagen, eine Ausnahme dar ¹⁾.

d) Der erweiterte Begriff

Nach dem ersten Weltkrieg war es offensichtlich geworden, daß die rein organische Auffassung nicht mehr haltbar war. Die erhöhte Gefahr für den Bestand des Staates hatte ein immer tieferes Eingreifen der Verwaltung in die bis dahin rein privatrechtlich geführten Bereiche und eine möglichst straffe Regelung in fast allen Lebensbereichen erforderlich gemacht. So wurde z.B. die Lebensmittelversorgung unter hoheitliche Kontrolle gebracht und die Ernährungsversorgung in Kriegszeiten als service public angesehen ²⁾. Die staatliche Aufsicht erstreckte sich auf weite Industriezweige, von denen viele wegen ihrer Bedeutung und mangelnder Rentabilität ganz vom Staat übernommen wurden.

Diese Entwicklung setzte sich in der Folgezeit im Hinblick auf die entstandene wirtschaftliche Machtposition des Staates und der von ihm investierten Mittel und Subventionen auch aus politischen Gründen fort. Als Ausnahmen ließen sich die neuen Organisationen, die bald services industriels ou commerciaux genannt wurden, nicht mehr ansehen. Von ihnen behauptet de Corail, sie seien eine der Hauptursachen der sich anbahnenden Krise des

1) Vgl. Lücking, Die Grundlagen ..., S. 25

2) C.E. 25.5.1925, Sté Moulins Brestois, CE 1925, 534

Begriffs "service public" gewesen ¹⁾. Im Gegensatz zu den "klassischen" services publics oder services publics administratifs, wie diese jetzt bezeichnet werden, verfolgen die services publics industriels ou commerciaux sowohl öffentliche als auch wirtschaftliche Interessen und stehen im wesentlichen unter der Herrschaft des Privatrechts. Es ging daher nicht mehr an, die Tätigkeit dieser neuen Art von service public unbesehen der Beurteilung durch den Verwaltungsrichter zu unterstellen.

Man möchte annehmen, daß die Problematik dadurch hätte vereinfacht werden können, daß man auf die eigentlichen services publics die bisherige Regel anwendete und die services publics industriels ou commerciaux nach einer eigenen Theorie beurteilte ²⁾. Das scheiterte aber schon daran, daß sich die verschiedenen Arten der services publics nicht klar trennen ließen. Sie waren mehr oder weniger miteinander verbunden. Noch heute suchen die französischen Juristen nach dem Kriterium, das die services publics mit wirtschaftlichem Charakter von den services publics administratifs zu unterscheiden erlaubt ³⁾.

1) de Corail, La crise de la notion de service public en droit administratif français, S. 337

2) Diesen Versuch haben Rivet (Anm. zu C.E. 22.5. 1924, Affréteurs réunis, D.P. 1924-III-26) und Troabas (Anm. zu C.E. 13.3.1925, Clef, D.P. 1926-III-17) unternommen.

3) Vgl. Lücking, a.a.O., S. 26

So kam es immer häufiger zu Entscheidungen, welche die Zivilgerichte für zuständig erklärten, obwohl ein service public, sei es dieser oder jener Art, gegeben war ¹⁾. Man begründete das Ergebnis damit, daß die services publics unter den gleichen Bedingungen wie Privatunternehmen geführt seien. Damit war die Abkehr von der rein organischen Auffassung des service public vollzogen und der materielle Sinn des service public, der sich aus seiner Tätigkeit ergibt, entdeckt. In dieser Linie bewegt sich auch die jetzt zur Anerkennung gelangende Theorie von Hauriou, der den service public folgendermaßen definiert: "Ein technischer Dienst, welcher der Öffentlichkeit regelmäßig und ununterbrochen von einer unentgeltlichen öffentlichen Organisation zur Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses gewährt wird." ²⁾ An dieser Interpretation wird deutlich, wie kompliziert die Feststellung eines service public geworden war. Anstelle des früher klaren Charakters traten Merkmale wie "öffentliches Bedürfnis", die sehr verschiedene, subjektiv bedingte Auslegungen zuließen.

e) Die Krise des Begriffs

Die Bemühungen, eine Theorie des service public aufzustellen, die auch auf die services publics industriels ou commerciaux anwendbar sein würde,

1) Vgl. T.C. 22.1.1921, Cie. de l'Ouest Africain, Sy. 1924-III-34;
C.E. 22.1.1932, Kuhn, Sy. 1932-III-101;
T.C. 11.7.1933, Mélinette, Sy. 1933-III-97;
C.E. 25.10.1935, Duchêne, CE 1935, 982;
C.E. 21.1.1938, Bureau International de l'Edition Musico-Mécanique, Sy. 1960-III-9

2) Précis de droit administratif, 10. Aufl, S. 25

waren noch im Gange, als eine Entscheidung erging, die alle bisherigen Versuche der Ausweitung des Begriffs "service public" übertraf. Am 13.5.1938 entschied der Conseil d'Etat, daß der service public auch durch Privatpersonen, die allerdings keine finanziellen Zwecke verfolgen dürften, geführt werden könne. ¹⁾ Die folgende Rechtsprechung bestätigte diese nochmalige Erweiterung des Begriffs. ²⁾ Damit war das organische Element des service public, das ihm immer noch den Charakter einer Verwaltungsinstitution gegeben hatte und sein konkretes Merkmal gewesen war, in der Definition nicht mehr verwertbar.

Auch mit der erneuten Aufweichung des Begriffs des service public hat die Rechtsprechung nur einem praktischen Bedürfnis entsprochen.

" Je weiter der Staat seine Kontrolle ausübte, umsomehr hatte er die Mitarbeit von Privatpersonen nötig, um die Aufgaben, die er an sich gezogen hatte, bewältigen zu können." ³⁾

Besonders während des Vichy-Regimes nahmen die Organisationen, die von Privatpersonen im öffentlichen Interesse geführt wurden, zu.

Man nannte sie services publics professionnels ou corporatifs, services publics du dirigisme économique oder entreprises privées d'intérêt général. Die Rechtsprechung vermied es, sie

1) C.E. 13.5.1938, Caisse Primaire "Aide et Protection", D 1939-III-65

2) z.B. C.E. 4.8.1944, Alais, Froges et Camargue, Sy. 1945-III-4

3) Lücking, a.a.O., S. 28

als services publics zu bezeichnen. Bei den während des zweiten Weltkrieges existierenden comités d'organisation professionnelle, die zur Wirtschaftslenkung geschaffen wurden, hat der Conseil d'Etat sogar ausdrücklich erklärt, es handele sich zwar nicht um services publics, da sie jedoch an der Durchführung eines service public teilnahmen, könnten sie durch Verwaltungsakte verfügen ¹⁾.

Daß es bei dem Begriff des service public gar nicht mehr auf eine Organisation, geschweige denn auf eine verwaltungseigene, ankommt, zeigt schließlich ein Beispiel, in dem ein Bauer seine Dreschmaschine im öffentlichen Interesse anderen Landwirten zur Verfügung stellte. Das war keine besondere Organisation, der Conseil d'Etat entschied aber, der Eigentümer nehme unter staatlicher Aufsicht an einem service public teil ²⁾.

f) Die heutige Situation

Nach der verhängnisvollen Entwicklung des Begriffs "service public" hat sich bis heute noch keine herrschende und überzeugende Begriffsformulierung herausgebildet. Die Krise dauert noch an. An Lehrversuchen fehlt es zwar nicht, aber der Schritt, zu dem sich die französischen Juristen gezwungen sehen, fällt ihnen schwer. Er bedeutet die Aufgabe einer einstmals

1) C.E. 31.7.1942, Monpeurt, Sy. 1942-III-37

2) C.E. 21.10.1949, Cie d'Assurances La Mutuelle du Mans, D 1950-III-162

glänzenden und klaren Theorie des öffentlichen Rechts und den Entschluß zur Rückwärtsentwicklung, zur Verallgemeinerung.

Die Versuche, den service public in Erinnerung an seinen früheren Sinn konkret zu definieren, können als gescheitert betrachtet werden. Das veranlaßte eine Reihe von Autoren, die Idee des service public ganz aufzugeben ¹⁾. Rivero fragt pessimistisch: "Wie kann man Erfolg erhoffen, wo die Besten gescheitert sind?" ²⁾ Andere versuchen immer noch, grundsätzlich an der alten organischen Konzeption festzuhalten, den service public also als Verwaltungsinstitution aufzufassen ³⁾. Die meisten Lehrmeinungen jedoch beurteilen einen service materiell, nach seiner Tätigkeit. Dabei werden frühere Theorien herangezogen, die einst keinen Anklang gefunden hatten. So hatte Hauriou einmal die Idee der "puissance publique" zur Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts verwendet und sie als das Mittel zur Verwirklichung eines service public angesehen ⁴⁾. Odent macht heute die "puissance publique" wieder zur Voraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit ⁵⁾. Duguit hatte schon früh den

-
- 1) Vgl. Rivero, RDP 1953, 295;
Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, S. 109;
Eisenmann, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, JCP 1949-I-742
- 2) RDP 1953, 290
- 3) Rolland, Précis de droit administratif, 10. Aufl., S. 16 ff.
- 4) Précis de droit adm., 11. Aufl., Vorwort
- 5) Contentieux administratif, les cours de droit, S. 104

service public im materiellen Sinn definiert: "Jede Tätigkeit, deren Ausführung durch eine Hoheitsperson garantiert, geleitet und kontrolliert wird, weil die Ausführung dieser Tätigkeit zur Verwirklichung und Entwicklung der sozialen Unabhängigkeit erfolgen muß und ein Ausschluß der hoheitlichen Interventionsgewalt hierbei nicht möglich ist." 1) Der Grundgedanke dieser Konzeption ist, daß mit dem service public ein öffentliches Interesse verfolgt wird. Diese Idee ist auch das einzige Verbindungsglied zwischen den bestehenden Theorien. Man findet daher, daß namhafte Autoren sich damit begnügen, den service public als eine Tätigkeit zu charakterisieren, die einem "Bedürfnis von allgemeinem Interesse" dient 2), die "die notwendige Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses" 3) oder allgemein ein "intérêt général" 4) zum Gegenstand hat.

Diese Grundsätze gelten jedoch nicht in umgekehrter Wendung, d.h. nicht jedes Handeln im öffentlichen Interesse stellt einen service public dar. Könnte man den Intensitätsgrad des jeweiligen Allgemeininteresses objektiv bestimmen, so würde das Kriterium des qualifizierten Allgemeininteresses die Antwort

1) Traité de droit constitutionnel, 3. Aufl., Bd. 2, S. 61

2) De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 1953, S. 35

3) Bonnard, Précis de droit administratif, 3. Aufl., S. 46

4) Tricot in C.E. 23.12.1953, Lillo, CE 1953, 573

darauf geben, wann öffentliches Recht anzuwenden ist. Das ist jedoch bisher noch nicht geglückt, weil schon die Beantwortung der³ Frage, wann etwas von öffentlichem Interesse ist, von den jeweiligen Zeitumständen und viel von der subjektiven Einstellung des Befragten abhängt. In Zeiten des Krieges oder wirtschaftlicher Krisen muß der Staat zum Schutz öffentlicher Interessen Maßnahmen ergreifen, die in normaler Situation nicht erforderlich sind. Auch die Entwicklung auf sozialen, kulturellen und technischen Gebieten verändert die Idee des öffentlichen Interesses.

Dem Verwaltungsvertrag war das öffentliche Interesse immer ein Wesenselement. Im Grunde wurde stets dann ein Vertrag als verwaltungsrechtlich angesehen, wenn er einem Allgemeininteresse von gewisser Bedeutung diente. So war schon 1910 ein Vertrag der Stadt Montpellier, der die Tierkörperverwertung zum Gegenstand hatte, deshalb öffentlich-rechtlich, weil er "im Hinblick auf Hygiene und Sicherheit der Bevölkerung" geschlossen war¹⁾. In der bekannten Entscheidung Terrier²⁾ war der behördliche Aufruf, schädliche Schlangen zu vernichten, wegen des Allgemeininteresses eine "verwaltungsmäßige Operation" und zog deswegen Verpflichtungen nach öffentlichem Recht nach sich. Wegen des öffentlichen

1) C.E. 4.3.1910, Thérond, Sy. 1911-III-17

2) s. oben S. 38 ff.

Interesses waren auch in der Folgezeit Verträge verwaltungsrechtlich, weil sie die Getreidebeschaffung für die Ernährung der Bevölkerung ¹⁾, das Feuerwerk zum Nationalfeiertag ²⁾, die Anlegung und den Betrieb eines Badestrandes ³⁾ oder eines Skihanges ⁴⁾ zur Entwicklung eines Gebietes und die Pflege einer Allee, die kulturellen Zwecken dient ⁵⁾, zum Gegenstand hatten.

Wie verschiedenartig jedoch das Erfordernis des öffentlichen Interesses beurteilt wird, zeigen die beiden folgenden Fälle. Im Jahre 1916 entschied der Conseil d'Etat, die Errichtung einer Konzerthalle geschehe nicht im Hinblick auf einen service public ⁶⁾, während er dies 28 Jahre später bei einer Theaterkonzession bejahte ⁷⁾.

Wie weit sich im übrigen der Begriff "intérêt général" dehnen kann, ist bereits bei der Behandlung des Vertrages über öffentliche Arbeiten ⁸⁾ gezeigt worden.

1) C.E. Girardot, D.P. 1928-II-118

2) C.E. 14.5.1948, Jacquin, RDP 1948, 603

3) C.E. 18.12.1936, Prade, Sy. 1938-III-59

4) C.E. 23.1.1959, Commune d'Huez, RDP 1959, 1060

5) C.E. 11.5.1959, Dauphin, CE 1959, 294

6) C.E. 7.4.1916, Sy. 1916-III-49

7) C.E. 21.1.1944, Léoni, RDP 1945, 252

8) s. oben S. 44 ff.

Da es noch keine gefestigte Theorie des service public gibt, soll darauf verzichtet werden, einer der zahlreichen Begriffsformulierungen zu folgen. Zur Charakterisierung des service public sei zusammenfassend festgestellt, daß er sowohl eine organische Bedeutung, d.h. eine Verwaltungsinstitution darstellen kann, als auch einen materiellen Sinn hat, nämlich eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse bedeutet ¹⁾.

2. Der service public als Kriterium des Verwaltungsvertrages

a) Die Art der Bindung des Vertrages an den service public

Für den fremden Betrachter des französischen Rechts mag die Verschiedenartigkeit der Interpretation, auf welche Art ein contrat administratif mit dem service public verbunden sein muß, verwirrend sein. Meist trifft man Formulierungen wie, der verwaltungsrechtliche Vertrag müsse ein Ziel des service public zum Gegenstand haben, er müsse die Funktion eines solchen service betreffen oder er sei ein Rechtsverhältnis mit dem service public. Die Recht-

1) Liét-Veaux (La théorie du service public, crise ou mythe?, Rev.adm. 1961, 257) charakterisiert den service public im materiellen Sinn als service au public.

sprechung gebrauchte für die Kennzeichnung des Verhältnisses service public - Vertrag Wendungen wie "Vertrag zur Sicherung eines service public" ¹⁾, "Vertrag, der die Ausführung eines service public zum Gegenstand hat" ²⁾, "Vertrag des service public" ³⁾ oder "Konvention mit dem Element des service public" ⁴⁾.

Man darf diesen Abwandlungen der Bindung des contrat administratif an den service public keine große Bedeutung beimessen. Eine genaue Abgrenzung zwischen ihnen läßt sich nicht vollziehen, denn sie schließen einander nicht aus und stellen nur sinngemäß gleiche Umschreibungen des Verhältnisses Vertrag - service public dar. Sie lassen sich einmal durch die Verschiedenheit der verwaltungsrechtlichen Verträge, wie sie sich schon bei der Behandlung der gesetzlichen Verwaltungsverträge angedeutet hat ⁵⁾, erklären. De Laubadère stellt drei Grundtypen von Verträgen heraus: solche, in denen eine Privatperson selbst an der Führung eines service public teilnimmt (z.B. Konzession), solche, bei denen der Einzelne durch seine Leistung nur der Verwaltung hilft, ihren service public zu führen (z.B. Transport- und Dienstverträge), und schließlich solche, die eine Leistung des

1) C.E. 6.5.1931, Hertz, CE 1931, 489

2) C.E. 25.10.1935, Duchêne, CE 1935, 982
T.C. 19.5.1958, Sté Myrtoon Steamship,
CE 1958, 793

3) C.E. 7.4.1916, Astruc, Sy. 1916-III-49

4) C.E. 21.6.1929, d'Herbement, Sy. 1930-III-20

5) Vgl. oben S. 44 ff.

service public an einen Einzelnen zum Gegenstand haben (Benutzerverträge) ¹⁾.

Zum anderen wird die äußerlich unterschiedliche Art der Charakterisierung der Bindung des Verwaltungsvertrages an einen service public als Ausdruck der Zerrissenheit des Begriffs des service public zu verstehen sein. Betrachtet man ihn als Organisation, so kann man bei dem verwaltungsrechtlichen Vertrag von einem Rechtsverhältnis mit dem service public sprechen. Diese Wendung ist aber nicht korrekt, wenn der service public eine Tätigkeit darstellt. Hier ist es besser zu sagen, der Vertrag sichere einen service public oder habe dessen Ausführung zum Gegenstand.

Eine Abgrenzung der unterschiedlichen Bezeichnungen für die Art der Bindung des Vertrages an einen service public läßt sich auf Grund der gegebenen Erklärungen jedoch nicht aufstellen, da die Formulierungen nicht nach einer bestimmten Regel gebraucht werden, ja ihnen meist nicht einmal die bewußte Erkenntnis zu Grunde lag, daß der service public ungleiche Bedeutungen hat.

- b) Die Bindung des Vertrages an einen service public als ungenügendes Kriterium der öffentlich-rechtlichen Natur

Die Rechtsprechung hat den Grundsatz, daß die bloße Bindung des Vertrages an einen service

1) De Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 64, Nr. 41

public nicht genügt, diesen zum verwaltungsrechtlichen zu machen, in zahlreichen Fällen bestätigt ¹⁾. Mag es auch noch so feststehen, daß ein Vertrag der Führung eines service public dient, so kann doch dieser Zweck auch auf privatrechtlichem Weg erreicht werden. Der Kauf von Musikalien für den nationalen Rundfunk dient unbestritten der Funktion des service public. Die Anwendung des öffentlichen Rechts auf diesen Kontrakt ist aber trotzdem nicht gerechtfertigt ²⁾ und entspricht nicht der Natur des Rechtsgeschäfts.

c) Die Mitarbeit des Einzelnen an dem service public als Kriterium

Es gibt Verträge, die allein wegen ihrer Bindung an einen service public als verwaltungsrechtlich erscheinen. Es sind dies vor allem die Konzessionen, bei denen der Konzessionär selbst einen service public führt, und die Dienstverträge mit einer Person des öffentlichen Rechts, wo es sich um persönliche Mitarbeit am "Dienst" handelt.

Führte ein Reeder im Krieg mit seinen Schiffen Truppen- und Versorgungstransporte aus, so sah man den hierzu verpflichtenden Vertrag allein wegen der Tatsache, daß der Unternehmer

1) z.B. T.C. 6.4.1946, Sté franco-tunisienne, CE 1946, S. 327;
C.E. 25.10.1935, Duchêne, CE 1935, S. 982
Cass. Civ. 20.6.1949, Verdin, Penant
1951-I-1;
T.C. 22.11.1951, Chélaïfa Hassen, CE
1951, S. 643

2) C.E. 21.1.1938, Bureau International de
l'Edition Musico-Mécanique, Sy. 1940-III-9

an einem service public teilnahm, als verwaltungsrechtlich an ¹⁾. In einer anderen Sache wurde entschieden, daß ein Vertrag deshalb nicht öffentlich-rechtlich sei, weil die Vertragspartner nicht an der Funktion eines service public teilnahmen ²⁾.

Da aber die Mitarbeit von verschiedener Art und Bedeutung sein konnte und es tatsächlich Fälle gab, in denen sie nicht allein den Vertragscharakter bestimmen konnte ³⁾, sprachen sich mehrere Entscheidungen dafür aus, daß nur eine qualifizierte Mitarbeit am service public allein genügen könne, einen Vertrag dem öffentlichen Recht zu unterstellen. In diesem Sinn verlangten einige Entscheidungen, die Mitarbeit müsse von gewisser Dauer sein, da eine nur vorübergehende Teilnahme an der Funktion des service public die Natur eines Vertrages nicht bestimmen könne ⁴⁾.

In letzter Zeit wird nun darauf abgestellt, ob der Einzelne direkt oder nur mittelbar an dem service public teilnimmt ⁵⁾. Handelt es sich um

-
- 1) Vgl. T.C. 7.11.1922, Manon, CE 1922, S. 795
C.E. 7.3.1923, Hellenic Transport, RDP 1923, 433
 - 2) C.E. 6.6.1930, Desmarais, Sy. 1930-III-96
 - 3) Vgl. T.C. 17.7.1923, Sté des Magasins généraux, CE 1923, S. 581;
T.C. 12.7.1945, Sté les Docks frigorifiques du Havre, CE 1945, S. 278;
C.E. 12.7.1949, Perez, CE 1949, S. 350
 - 4) T.C. 15.1.1938, de Mare, Sy. 1938-III-28
C.E. 8.12.1948, Pasteau, RDP 1949, S. 75
C.E. 8.1.1950, Fouque, CE 1950, S. 35
 - 5) C.E. 20.4.1956, Bertin, D 1956, S. 433
T.C. 13.1.1958, Chardon, CE 1958, S. 789
C.E. Lauthier 20.3.1959, CE 1959, S. 198
T.C. 23.11.1959, Brunneaux, Sy. 1960-III-246
Waline, RDP 1957, S. 101 ff.

unmittelbare Mitarbeit, so soll nach dieser augenblicklich herrschenden Meinung auch dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegen, wenn keine clauses exorbitantes vorhanden sind.

Diese Theorie wirft ähnliche Probleme auf wie Reglades Kriterium des "unmittelbaren Ziels eines service public", das von jeher allgemein abgelehnt wurde ¹⁾. Durch sie wird die allgemeine Lehre des Verwaltungsvertrages nicht ersetzt, sondern nur zuepflückt. Sie beinhaltet auch den umstrittenen Begriff "service public" und dazu noch die in Grenzfällen kaum objektiv zu beantwortende Frage, was als direkte und was als indirekte Teilnahme anzusehen ist. Arbeitet aber der Einzelne ohne Zweifel unmittelbar an der Funktion des service public mit, wie z.B. der Reeder, der im Krieg mit seinen Schiffen Truppen transportiert, so ist das Fehlen einer "abweichenden Klausel" schlechterdings undenkbar, da hierbei die Verwaltung sich besonders große Eingriffsmöglichkeiten vorbehalten muß.

Die Lehre hat sich anfangs diesen Nuancierungen der Rechtsprechung nicht angeschlossen. Liet-Veaux verwarf das Kriterium der direkten Mitarbeit gänzlich ²⁾. Péquignot nannte diese Methode der Qualifizierung "irreführend und gefährlich" ³⁾ und de Laubadère hielt den Grad der Teilnahme für schwer bestimmbar ⁴⁾.

1) s.o., S. 64 f.

2) Revue administrative 1955, S. 32

3) Théorie générale ..., S. 87

4) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 72, Nr. 53

Wie Himario ¹⁾ war auch de Laubadère der Auffassung, daß die Teilnahme an einem service public selbst schon eine clause exorbitante darstelle ²⁾, es also keiner Ausnahmebestimmung zur allgemeinen Theorie bedarf. Bemerkenswert ist es nun, daß de Laubadère zwei Jahre nach seiner eben wiedergegebenen Auffassung schreibt, daß Verträge, die eine "participation du cocontractant à l'exécution même du service public" zum Gegenstand haben, notwendigerweise Verwaltungsverträge sind. Dabei bezieht sich de Laubadère aber nur auf die concessions de service public, die unbestritten öffentlich-rechtlichen Charakter haben ³⁾.

Er führt weiterhin aus: "Er ist dies wegen seines Gegenstandes; es ist demnach auch nicht notwendig, zu untersuchen, ob er abweichende Klauseln enthält; enthält er keine derartige Klauseln, so ist er darum nicht weniger verwaltungsrechtlich" ⁴⁾.

Auch die Rechtsprechung läßt es in letzter Zeit häufig bei dem Erfordernis der Teilnahme an der Ausführung eines service public bewenden, ohne

1) Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs, S. 39

2) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 72, Nr. 52

3) Droit administratif spécial, 1958, S. 39

4) So auch Vedel (Droit administratif 1959, Bd. 2, S. 591), der sich aber widerspricht, indem er gleichzeitig die "Teilnahme am service public selbst" als clause exorbitante bezeichnet. (S. 593).

ihre Unmittelbarkeit zu verlangen ¹⁾, und nimmt auch einen Verwaltungsvertrag an, wenn keine abweichende Klauseln vorhanden sind ²⁾. Eine Untersuchung der Fälle, wie z.B. des der Ärztin Santelli, die von einem öffentlichen Gesundheitsdienst angestellt war und dessen Aufgaben wahrgenommen hatte, ergibt, daß es sich hier zweifelsfrei um direkte Mitarbeit handelte. Deswegen und im Hinblick auf die oben (S. 87) geäußerten Bedenken, die ja sowohl der Tribunal des Conflits (Sté des Magasins généraux; Sté les Docks frigorifiques du Havre) als auch der Conseil d'Etat (Perez) geteilt haben, ist die neue Tendenz, jedwede Teilnahme des Einzelnen an der Ausführung eines service public schließe den Privatrechtsvertrag aus, mit Vorsicht aufzunehmen und zu werten.

Wenn der Vertrag der Ärztin Santelli auch nicht ausdrücklich vom Privatrecht abweichende Klauseln enthielt, so sind sie doch bei einer derartigen Bindung des Einzelnen an den öffentlichen Dienst stillschweigend vorhanden. Die Verwaltung kann sich bei dringendem öffentlichen Bedürfnis nicht mit den Möglichkeiten des Privatrechts

1) T.C. 19.5.1958, Sté Myrtoon Steamship, CE 1958, 793;
C.E. 14.11.1958, Ministre des Affaires économiques et financières, CE 1958, 554;
C.E. 4.12.1959, Delmas, CE 1959, 651;
T.C. 23.11.1959, Santelli, CE 1959, 871
C.E. 4.3.1960, Sté des transports maritimes et fluviaux de l'Indochine, CE 1960, 168;
C.E. 9.2.1962, S.A. des Entrepôts Martres, RDP 1962, 1021

2) T.C. 23.11.1959, Santelli, CE 1959, 871

begnügen und das Allgemeinwohl der Vertragstreue wegen in Gefahr bringen ¹⁾. Andererseits wäre dem Einzelnen im privatrechtlichen Verhältnis mit der Verwaltung im Falle ihrer Intervention meist weniger geholfen als dem Partner des contrat administratif, da der Grundsatz des finanziellen Gleichgewichts, der ihn vor finanziellen Einbußen schützt, im Zivilrecht nicht existiert.

So hat denn auch de Laubadère selbst dann das Vorhandensein von Interventionsrechten der Verwaltung, deren Fixierung im Vertrag clauses exorbitantes darstellen, bejaht, wenn sie überhaupt nicht vereinbart sind ²⁾.

In einer neuen Entscheidung ³⁾ begründet der Conseil d'Etat die verwaltungsrechtliche Natur eines Vertrages zwar auch damit, daß er die "exécution directe et immédiate d'une mission de service public" betreffe, stellt aber zugleich fest, daß ein solcher Vertrag ohne weiteres vom Privatrecht abweichende Klauseln enthalte.

Es ist also nicht richtig zu sagen, Verträge, die eine unmittelbare Mitarbeit eines Einzelnen zum Gegenstand haben, seien auch dann verwaltungsrechtlich, wenn sie keine abweichenden Klauseln enthalten. Sie sind nur nicht ausdrücklich vorhanden, und da sie sich bei derartigen Kontrakten eher als Folge einstellen, sind sie hier als Qualifikationskriterium ungeeignet. Der Vorwurf, die clauses exorbitantes seien eine Folge des verwaltungsrechtlichen Charakters wird aber

1) In ähnlichem Sinn: Péquignot, Théorie générale ..., S. 173

2) Traité théorique ..., Bd. 2, S. 319, Nr. 796;
Bd. 3, S. 155, Nr. 1031

3) C.E. 13.7.1961, Cie havraise de Navigation
à Vapeur, RDP 1961, 1288

allgemein und nicht nur in Bezug auf die Teilnahmeverträge erhoben ¹⁾.

Dem mit der Entscheidung Bertin wiederaufgegriffenen Element der unmittelbaren Teilnahme am service public kann noch nicht die umwerfende Bedeutung für die allgemeine Theorie des Verwaltungsvertrages beigemessen werden, wie sie von einigen Autoren angenommen wird ²⁾. Es bleibt dabei, daß jeder contrat administratif im Hinblick auf einen service public geschlossen ist und vom Privatrecht abweichende Klauseln enthält. Die Bedenken gegen das derzeit herrschende Kriterium der unmittelbaren Teilnahme richten sich vornehmlich gegen die Gefahr einer allzu subjektiven Qualifikation. Es wäre im Sinn der Rechtssicherheit vielleicht besser, nur bei eindeutig öffentlich-rechtlichen Verhältnissen auf die Anwendung der allgemeinen Theorie zu verzichten und solche Verträge im Anschluß an die zeitweilig von den Gerichten benutzten Wendungen als "von Natur aus öffentlich-rechtlich" ³⁾ oder "verwaltungsrechtlich durch ihren Gegenstand" ⁴⁾ zu bezeichnen.

Die Konsequenz, die Vedel ⁵⁾ aus der neuen Lehre zieht, scheint jedenfalls abwegig zu sein. Während bisher die Kriterien des service

1) Vgl. Zwahlen, le contrat de droit administratif, Nr. 52; Waline, RDP 1959, S. 191

2) Vgl. auch Waline, RDP 1957, S. 101 ff.

3) so C.E. 7.1.1927, Triller, Sy. 1927-III-22

4) so T.C. 13.1.1958, Préfet de Puy-de-Dôme, D 1958, S. 412

5) Droit administratif, Bd. 2, S. 591

public und der abweichenden Klausel zusammen vorliegen mußten, verlangt Vedel nur alternativ eine Teilnahme an einem service public oder das Vorhandensein von clauses exorbitantes. Die Vertreter der neuen Theorie stehen aber sämtlich auf dem Standpunkt, daß nicht das Vorhandensein von clauses exorbitantes allein den Vertrag qualifizieren kann.

Die Mitarbeit an einem service public wurde schon mitunter als generelle Voraussetzung für die Annahme eines Verwaltungsvertrages angesehen ¹⁾. Bei den öffentlich-rechtlichen Verträgen der Verwaltung mit den Benutzern eines service public ist schwerlich eine solche Teilnahme festzustellen ²⁾. Wie gegensätzlich die Theorien in Bezug auf die Teilnahme an dem service public sein können, zeigt der Vergleich der vorstehenden Meinung mit der von Mestre ³⁾. Letztere ignoriert die Verträge, bei denen der Einzelne Mitarbeiter an einem service public ist und erkennt nur die Verträge, die die Organisation und die Funktion des service public betreffen, als verwaltungsrechtlich an.

- 1) Vgl. Blum zu C.C. 31.7.1912, Sy. 1917-III-15 Appleton zu T.C. 30.6.1930, Boyer et Jullian, D 1931-III-83 ("Der Einzelne muß auf irgendeine Weise am service public teilnehmen")
- 2) In der Entscheidung T.C. 17.7.1923, Sté des magasins généraux, CE 1923, S. 581, heißt es ausdrücklich, es liege ein contrat administratif vor, "obwohl er keine Teilnahme der Gesellschaft an einem service public begründet".
- 3) Sy. 1924-I-129, ähnlich auch Rivet zu C.E. 23.12.1921, Sté générale d'armement, RDP 1924, S. 390

d) Öffentlich-rechtliche Verträge ohne Bindung
an einen service public

Von dem Erfordernis, daß ein Verwaltungsvertrag mit einem service public verbunden sein muß, gibt es einige Ausnahmen. Eine der häufigsten macht der Vertrag über öffentliche Arbeiten, bei dem es genügt, daß die Arbeiten irgendwie einem allgemeinen Nutzen dienen, während der service public als eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse, das von einer gewissen Stärke ist, zu verstehen ist. Gegenüber dieser Ausnahme könnte man jedoch einwenden, daß die gesetzlichen Verwaltungsverträge der allgemeinen Regel oft nicht gehorchen.

Besonderheiten zeigen sich auch bei den Konzessionen. So ist z.B. ein öffentliches Interesse bei der Konzession, die einem Einzelnen erlaubt, Reklame in Postbüchern zu machen ¹⁾, nicht zu ersehen. Auch die Spielbankkonzession ist öffentlich-rechtlicher Natur ²⁾. Das Glückspiel steht zwar dem öffentlichen Interesse entgegen, aber - so meint Péquignot ³⁾ - liegt es nicht im Allgemeininteresse, daß der Staat hier eine strenge Kontrolle ausübt, was durch Privatvertrag nicht erreicht werden könnte? So gesehen ist auch hier die Bindung an einen service public vorhanden.

1) C.E. 23.2.1940, Courmont, CE 1940, S. 73

2) C.E. 12.1.1940, Lartique, CE 1940, S. 14

3) Théorie générale ..., S. 118

Ohne öffentliches Interesse erfolgen schließlich viele Verträge zur Nutzung öffentlichen Eigentums, die, wie bereits gezeigt, allein wegen ihres Gegenstandes durch das Dekret vom 17.6.1938 als öffentlich-rechtlich deklariert worden sind. Auch hier ist der Ausnahme wegen der gesetzlichen Qualifikation keine große Bedeutung beizumessen.

e) Die Bedeutung des Kriteriums in der Gegenwart

Trotz der Schwankungen, denen der Begriff "service public" unterworfen war, ist seine Ersetzung in der Verwaltungsvertragstheorie durch ein neues Kriterium nicht abzusehen. Schon früh hat die Rechtsprechung den Versuch unternommen, die Idee des service public beim Vertrag des öffentlichen Rechts aufzugeben ¹⁾. Da bis heute kein Ersatz für sie gefunden wurde, hat sich der Schwerpunkt in der Charakterisierung des öffentlich-rechtlichen Vertrages von dem Kriterium des service public auf das der clauses exorbitantes du droit commun verlagert. Manche Entscheidungen und Autoren lehnen den service public als Merkmal des contrat administratif völlig ab und stützen sich nur auf die vom Privatrecht abweichenden Klauseln ²⁾. Die Lehre hält zum überwiegenden Teil an dem Kriterium des service public fest, und auch die Gerichte ziehen es immer wieder zur Qualifikation heran ³⁾. Morange ist überzeugt,

1) Vgl. C.E. 12.12.1930, Sté des moteurs Gnôme et Rhône, Sy. 1931-III-117

2) T.C. 27.7.1950, Feulabeuf, CE 1950, 668; Liet-Veaux, Contrats et compétence administrative, Revue administrative 1955, 32 ff. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, S. 109

3) T.C. 22.11.1951, Chélaïffa Hassem, CE 1951, 643; C.E. 26.1.1951, Sté anonyme minière, CE 1951, 49

daß der service public morgen seine Bedeutung wiedererlangt ¹⁾.

Schließlich ist auch die im Augenblick herrschende Tendenz, die direkte Teilnahme an der Ausführung eines service public als genügendes Kriterium des Verwaltungsvertrages gelten zu lassen, ein Zeichen dafür, daß die Idee des service public im Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages ihren festen Platz hat.

IV. Die vom Privatrecht abweichenden

Klauseln

(Les clauses exorbitantes du droit commun)

1. Die abweichende Klausel und der Wille der Parteien

Gaston Jèze hat in einer seiner letzten Abhandlungen über das Recht des Verwaltungsvertrages die Kennzeichnung dieser Rechtsinstitution auf zwei Grundbedingungen zurückgeführt:

- soll der Vertrag die Funktion der öffentlichen Gewalt gewährleisten?
- wollten Verwaltung und Vertragspartner einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen? ²⁾

Nach der früheren Konzeption von Jèze entspricht die erste Voraussetzung der Bindung des Vertrags an einen service public.

1) DC 147, 48

2) RDP 1945, S. 253

Das zweite Kriterium, der Wille der Parteien, identifiziert sich mit der in der Entscheidung *Sté des granits porphyroïdes des Vosges* ¹⁾ erhobenen Forderung, daß die Verwaltung beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht unter privatrechtlichen Bedingungen handeln kann, sondern das öffentlich-rechtliche Verfahren (*procédé du droit public*) anzuwenden hat. Da die Verwaltung weithin die freie Wahl hat, auf welche Art - öffentlich- oder privatrechtlich - sie Rechtsverhältnisse begründen will, sieht Jèze in dem Vorgehen der Verwaltung den Ausdruck ihres Willens. Um nun den Charakter des Vertrages zu bestimmen, müsse der Richter diesen Willen erforschen. Das kann er aber nur, wenn der Vertrag Anhaltspunkte für diesen Willen aufzeigt. Diese "Anhaltspunkte" sind in erster Linie die Vertragsklauseln, die, wenn sie wesentlich vom Privatrecht abweichen, für den verwaltungsrechtlichen Charakter der Konvention sprechen. Auch Péquignot ist der Auffassung, daß die Analyse der Vertragsklauseln ergibt, welches Verfahren die Verwaltung und der Kontrahent durch seine Zustimmung gewählt haben ²⁾. Entscheidungen, welche die Wendung "die Parteien sind darüber übereingekommen, den Vertrag unter öffentlich-rechtlichen (bzw. privatrechtlichen) Bedingungen zu schließen" gebrauchen ³⁾, scheinen ebenso in den Vertragsbestimmungen den Spiegel des Parteiwillens zu sehen.

1) Sy. 1917-III-15

2) *Théorie générale* ..., S. 129

3) z.B. C.E. 21.1.1938, Bureau de l'édition musico-mécanique, Sy. 1940-III-9

De Laubadère ¹⁾, Vedel ²⁾ und Rouvière ³⁾ wenden sich gegen diese reine "conception volontariste". De Laubadère sieht in dem Willen der Vertragsschließenden wohl ein starkes Indiz, nicht aber ein absolutes Zeichen für die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts. Er kann sich hierbei auf zwei einleuchtende Argumente stützen. In einigen Fällen sind in die Vertragsbestimmungen Kompetenzvereinbarungen aufgenommen worden. Hatten so die Parteien vereinbart, daß für den Fall von Vertragsstreitigkeiten die Verwaltungsgerichte zuständig sein sollten, so mußte dies gleichbedeutend sein mit ihrem Willen, einen Verwaltungsvertrag zu schließen. Nach der Theorie von Jêze und Péquignot hätte der Richter in einem solchen Fall nur zu prüfen, ob der Vertrag im Hinblick auf einen service public geschlossen ist. Da aber die wahre Natur des Vertrages privatrechtlich sein kann und die Parteien selten imstande sind, die oft schwierige rechtliche Qualifikation vorzunehmen, haben die Gerichte trotz der Vereinbarung der Gerichtsbarkeit diese immer nach den allgemeinen Grundsätzen bestimmt. Die Abmachung, ein Verwaltungsgericht solle zuständig sein, hatte keinerlei Wirkung, wenn sich die Natur des Vertrages als privatrechtlich erwies ⁴⁾. Einer Gerichtsbarkeitsvereinbarung kommt es gleich, wenn die Parteien ihren Vertrag etwa als Konzession bezeichnen, die ja immer

1) *Traité théorique ...*, Bd. 1, S. 77, 86 ff.

2) *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, *Mélanges Mestre* Nr. 29 ff.

3) *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, S. 41

4) z.B. C.E. 19.2.1926, Département de l'Aisne, CE 1926, S. 191;
C.E. 25.10.1961, Geronimi, RDP 1962, 374

verwaltungsrechtlich ist und so niemals von den ordentlichen Gerichten beurteilt werden kann. Trotz der Benennung "Konzession" durch die Parteien überprüfte der Conseil d'Etat den Vertrag an Hand der allgemeinen Theorie und kam zu der Feststellung, es ergebe sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen, daß nur ein privatrechtlicher Kaufvertrag vorliege ¹⁾. Der Wille der Parteien konnte auch hier den Charakter des Vertrages nicht bestimmen.

Schließlich kommt es auf den Willen der Parteien, welchem Recht sie sich unterordnen wollen, nicht an, wenn es sich um gesetzliche contrats administratifs handelt. Auch die sog. "charte-partie" und der "contrat de gérance" ²⁾, die zwar keine gesetzlichen, aber trotzdem immer contrats administratifs sind, können durch den Willen der Parteien in ihrer Natur nicht beeinträchtigt werden.

Präzisiert man das Willensmoment so, daß hiermit der Wille der Parteien, wie er sich in der Natur des Vertrages äußert, gemeint ist, dann ist es als Kriterium des Verwaltungsvertrages vertretbar. Eine neue Methode der Qualifizierung ist damit allerdings nicht gefunden, denn die Berufung auf den Willen der Parteien entbindet nicht von der Prüfung nach

1) Vgl. C.E. 8.1.1958, Ministre des Travaux Publics, CE 1958, S. 13

2) s. unten S. 136 f.

der allgemeinen Theorie. Das Herausstellen des Willens in der Lehre des Verwaltungsvertrages ist nur als ein Bestreben zu deuten, dem vertraglichen Wesen seine Bedeutung einzuräumen. Dem Wort "Vertrag" haftet ein privatrechtlicher Geruch an, und immer wieder wird herausgestellt, daß der Vertrag nicht nur im Zivilrecht seinen Platz hat. Die Willenskonzeption ersetzt aber weder das Kriterium der "clause exorbitante du droit commun" noch kann sie es definieren.

2. Der Begriff der clause exorbitante du droit commun

a) Grundidee und Schwierigkeit der Definition

Den Ausdruck "clause exorbitante" gebrauchte schon im Jahre 1869 Aucoc ¹⁾, wenn er ihn auch als Verfechter der reinen Theorie der rechtsgeschäftlichen und hoheitlichen Handlungen nicht in seinem heutigen Sinn verstand. Was Lehre und Rechtsprechung seit seiner Verwendung in der Theorie des Verwaltungsvertrages unter ihm verstehen, läßt sich nur umschreiben, nicht exakt definieren, es sei denn, man gebraucht weit umfassende Wendungen, die mangels Konkretheit für die praktische Anwendbarkeit ungeeignet sind. Himario nennt die abweichende Klausel, nachdem er ihrem Studium ein garzes Werk gewidmet hatte,

1) Aucoc zu C.E. 20.2.1869, Pinard, CE 1869, S. 188

einen flüssigen Begriff ¹⁾. Dies ist leicht erklärlich, wenn man die Grundlage dieser Klausel untersucht und mit Rivet zu dem Ergebnis kommt, daß "das Allgemeininteresse oft besondere Erfordernisse mit sich bringt, weswegen die abweichenden Klauseln vereinbart werden." ²⁾

Ein Begriff, der auf der Idee des öffentlichen Interesses aufbaut, kann niemals streng begrenzt sein. Bei der clause exorbitante kann ihre Begründung im Allgemeininteresse nicht verleugnet werden, wie die Behandlung ihrer Darstellungsarten zeigen wird. Da sich auch das Kriterium des service public aus dem öffentlichen Interesse herleitet, ist diese Tragsäule des Verwaltungsrechts im Grunde das einzige Kriterium des öffentlich-rechtlichen Vertrages. "service public" und "abweichende Klausel" sollen bestimmen, wann das öffentliche Interesse den Vertrag zum verwaltungsrechtlichen qualifiziert.

Bei dem Versuch, die clause exorbitante zu definieren, besteht in erster Linie die Gefahr, daß man nur ihre typischen Erscheinungsformen betrachtet und an Hand dieser Beispiele einen zu eng begrenzten Begriff faßt. Es tauchen dann immer wieder Vertragsbestimmungen auf, deren Natur zu Recht als öffentlich-rechtlich bezeichnet wird, die sich aber nicht unter der vorgefaßten Idee subsumieren lassen.

1) Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs, S. 91

2) Rivet zu C.E. 23.5.1924, Affréteurs réunis, DP 1924-III-26

Dies führt oft zu einer gewissen R signation, deren Folge dann Begriffsformulierungen sind, die wiederum so weit sird, daß sie kaum Aufschluß über das Wesen des Kriteriums geben und noch weniger geeignet sind, eine Regel zur praktischen Bestimmung der abweichenden Klausel zu liefern. Die eingeschlagenen Mittelwege sind schließlich so sehr nuanciert, daß es eine besondere Aufgabe ist, sie zu koordinieren.

Um einen Eindruck vom Wesen der abweichenden Klausel zu vermitteln, erscheint es angebracht, einige zur Diskussion stehende Definitionen voranzustellen und zu untersuchen.

b) Die durch das öffentliche Interesse
bestimmte Klausel

Nicht zu beanstanden, aber auch zu abstrakt, ist die auf Rivets erwähnter Grundidee aufbauende Theorie des öffentlichen Interesses. Nach ihr - auch de Laubadère vertritt sie ¹⁾ - ist die abweichende Klausel eine Vertragsbestimmung, die das "verwaltungsrechtliche Merkmal" (la marque administrative) trägt ²⁾. Die Rechtsprechung hat gleichfalls die Idee des öffentlichen Interesses zur Erklärung der vom Privatrecht abweichenden Klausel in verschiedenen Fällen herangezogen ³⁾.

1) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 100, Nr. 77

2) Rivet zu C.E. 23.12.1921, St  générale d'armement, RDP 1922, S. 74

3) Vgl. C.E. 18.1.1924, Ville de Paris, CE 1924, S. 58;
C.E. 23.12.1953, Lillo, CE 1953, S. 573

c) Die im Privatrecht unerlaubte Klausel

Gegenüber der eben erwähnten Konzeption haben sich einige Theorien, die in dem Kriterium eine im Privatrecht unerlaubte Bestimmung sehen, als zu eng erwiesen. Eingedenk des verwaltungsvertraglichen Grundcharakters, daß die Parteien auf der Basis der Ungleichheit paktieren und daß eine Reihe von abweichenden Klauseln wirklich in einen Privatvertrag nicht aufgenommen werden können, sind Blaevoët ¹⁾, Waline ²⁾, Lamarque ³⁾ und Liet-Veaux ⁴⁾ zu der Überzeugung gekommen, die clause exorbitante stehe immer den Regeln des Zivilrechts entgegen.

In manchen gerichtlichen Entscheidungen glaubt man, eine Tendenz zu dieser Auffassung bemerken zu können, wie z.B., wenn der Tribunal des Conflits zur Begründung des privatrechtlichen Charakters ausführt, daß "die Klauseln sich ihrer Natur nach nicht von denen unterscheiden, die in einem analogen Privatrechtsvertrag vereinbart werden können" ⁵⁾. Wenn man bedenkt, daß jedem Verwaltungsvertrag die Berechtigung der Verwaltung innewohnt, unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe, die in den Vertragsbestimmungen nicht enthalten sind, vorzunehmen,

1) D. 1928-II-116

2) Manuel de droit administratif, 6. Aufl., S. 566

3) Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, S. 134

4) Revue Administrative 1955, S. 32

5) T.C. 6.7.1946, Ets. frigorifiques lyonnais, CE 1946, S. 329

ist man geneigt, das im Privatrecht Unerlaubte zum Wesen des Verwaltungsvertrages zu zählen. Es hat sich aber gezeigt, daß es Klauseln gibt, die allseitig als "abweichend" angesehen werden, ohne jedoch im Privatrecht unerlaubt zu sein. Was im Hinblick auf ein öffentliches Interesse bestimmt wird, braucht nicht vom Zivilrecht verboten zu sein. So wird z.B. allgemein die Vereinbarung, daß der Verwaltung ein Direktiv- und Kontrollrecht bei der Ausführung vorbehalten wird, als "clause exorbitante" angesehen ¹⁾. Eine solche Berechtigung ist auch im Privatrecht denkbar. Bestimmungen hinsichtlich der Form, der Art des Zustandekommens, der Gerichtsbarkeit sind zwar, getrennt betrachtet, nicht geeignet, den Vertrag zu qualifizieren, stellen jedoch in ihrer Gesamtheit ein wesentliches Charakteristikum dar. Keine von ihnen wäre jedoch im Privatrechtsvertrag unerlaubt. Hinzukommt noch das Laubadères Argument, daß es auch im Zivilrecht vorstellbar ist, daß sich eine Partei eine Abänderung oder gar Auflösung des Vertrages vorbehält ²⁾, was beim Verwaltungsvertrag als clause exorbitante gewertet wird. Als diesbezügliches Beispiel sei Artikel 1794 des Code Civil genannt, der dem Besteller der "Werkmiete" das Recht zuerkennt, den Vertrag nach Gutdünken zu lösen ³⁾.

1) z.B. Cass. Comm. 12.12.1951, Gagneux, Revue administrative 1952, S. 48
Ausnahme: C.E. 26.1.1951, Sté anonyme minière, Sy. 1951-III-44

2) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 99, Nr. 76

3) Der dabei entstehende Entschädigungsanspruch ist auch beim Verwaltungsvertrag nach dem Grundsatz des équilibre financier hinreichend gewährleistet.

Endlich ist auch der Vorbehalt der Verwaltung bei der Verpachtung eines Theaters, den Preis festzusetzen und das Programm zu genehmigen, als clause exorbitante angesehen worden ¹⁾. Eine derartige Vereinbarung würde eine privatrechtliche Pacht nicht unwirksam oder nichtig machen.

Folgerichtig spricht denn auch der Tribunal des Conflits in einer neueren Entscheidung von einer im Privatrecht ungewöhnlichen, nicht unerlaubten Klausel ²⁾, was zwar weniger konkret, jedoch zutreffender ist.

d) Die abweichende Klausel als Ausdruck
hoheitlicher Gewalt

In ähnlicher, einengender Richtung laufen die Auffassungen über die abweichende Klausel, die sie ausnahmslos mit dem Vorhandensein öffentlicher Gewalt verknüpfen.

Rouvière nennt sie "eine Klausel, die ein Einzelner in seinem Vertrag nicht aufnehmen könnte, da sie das Vorhandensein der öffentlichen Gewalt und ihr Hervortreten im Vertrag erfordert" ³⁾, und Chapus sieht in dem hoheitlichen Vorgehen der Verwaltung das Eigentümliche des öffentlich-rechtlichen Vertrages ⁴⁾.

1) T.C. 13.6.1955, Stanesco, D 1955, S. 637

2) T.C. 19.6.1952, Sté des Combustibles et Carburants Nationaux, CE 1952, S. 628

3) A quels signes reconnaître les contrats administratifs, S. 161

4) Responsabilité publique et responsabilité privée, S. 129

Damit soll die Tatsache der Ungleichheit der Parteien unterstrichen werden. Die abweichende Klausel manifestiert nach dieser Lehre die privilegierte Position der Verwaltung im öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Betrachtet man die hauptsächlichsten clauses exorbitantes (s. unten S. 111 ff.), so muß man zugeben, daß sie alle mehr oder weniger Vorrechte der Verwaltung betreffen, und es bedarf schon eingehender Suche, um eine vom Privatrecht abweichende Klausel zu finden, von der man wenigstens sagen könnte, daß es gekünstelt wäre, in ihr den Ausdruck hoheitlicher Gewalt zu sehen. Bei einem derart hohen Richtigkeitsgrad ist es nicht verwunderlich, wenn einige neuere Entscheidungen anstatt des Ausdrucks "clause exorbitante" die Wendungen "prérogative exorbitante" oder "sujétion exorbitante" gebrauchen ¹⁾.

Allein die Wiedereinführung des Begriffs "hoheitliche Gewalt" in die Lehre des Verwaltungsvertrages mußte die Gegner auf den Plan rufen, die mit ihm ein Wiederaufleben der gescheiterten Theorie der rechtsgeschäftlichen und hoheitlichen Handlungen befürchten ²⁾.

Im wesentlichen wird der Definition von Rouvière und Chapus ³⁾ zum Vorwurf gemacht, sie sei zu eng, denn es gäbe abweichende Klauseln, die kein

1) z.B. C.E. 2.4.1952, l'Union, CE 1952, S. 203
C.E. 18.1.1950, Fouque, CE 1950, S. 35

2) Vgl. Péquignot, Théorie générale ..., S. 172/173

3) Ähnlich auch Hauriou, Sy. 1928-III-129

Ausdruck der öffentlichen Gewalt seien ¹⁾.

Péquignot gibt hierzu zwar eine Reihe von Beispielen, die jedoch einer diesbezüglichen Untersuchung kaum standzuhalten vermögen. So klammert er z.B. die Klauseln aus, die den Kontrahenten Rechte über Dritte gewähren, während de Laubadère sie zu Recht als Hauptbeispiele der Manifestation hoheitlicher Gewalt anführt ²⁾. Wenn Péquignot bei seiner Kritik nur an die Bevorrechtigung der Verwaltung gegenüber dem Kokontrahenten denkt, so ist dem entgegenzuhalten, daß Rouvières Theorie diese Beschränkung nicht in sich trägt, vielmehr die Klauseln, die Rechte gegenüber Dritten übertragen, auch bei ihm Musterbeispiele für das Vorhandensein hoheitlicher Gewalt darstellen.

Ein Einwand, den Péquignot an anderer Stelle ³⁾ macht, ist jedoch beachtlich: die Bestimmungen, welche die öffentliche Gewalt betreffen, brauchen nicht im Vertrag selbst verankert zu sein, sondern können stillschweigend getroffen oder implizite enthalten sein. Die Verwaltung kann z.B. den öffentlich-rechtlichen Vertrag, der für den service public keinen Nutzen mehr hat, auch dann vorzeitig lösen, wenn die Vertragsbestimmungen diesen Fall nicht vorgesehen haben ⁴⁾.

1) Vgl. Péquignot, JCA, Fasz. 500, S. 192;
Waline, Vorwort zum JCA;
de Laubadère, Traité théorique
Bd. 1, S. 97, Nr. 74

2) Traité théorique, Bd. 1, S. 96, Nr. 73

3) Théorie générale, S. 173

4) Vgl. de Laubadère, Traité théorique
Bd. 3, S. 155, Nr. 1031

Die öffentliche Gewalt ist daher wohl im Verwaltungsvertrag vorhanden, nicht aber notwendigerweise in seinen Klauseln.

Nach diesen Betrachtungen muß jedenfalls die Definition der abweichenden Klausel, wie sie der Conseil d'Etat in der Entscheidung Pennaroya ¹⁾ geliefert hat, nämlich "eine Klausel, die der öffentlichen Gewalt über das Privatrecht hinausgehende Vorrechte einräumt", abgelehnt werden.

e) Die im Privatrecht fremde Klausel

Unter den mannigfachen Begriffsformulierungen, die der Conseil d'Etat getroffen hat, verdient die, welche in der Entscheidung Stein ²⁾ enthalten ist, Zustimmung.

Nach ihr ist die abweichende Klausel "eine Vertragsbestimmung, die den Parteien Rechte oder Pflichten gibt, die denen, welche normalerweise freiwillig im Rahmen der zivilen oder kommerziellen Gesetze angenommen werden, wesensfremd sind". ³⁾

Diese Definition, der sich die derzeitige Lehre ausdrücklich ⁴⁾ oder nach der Art ihrer

1) C.E. 21.1.1948, Sté Pennaroya, Sy. 1949-III-6

2) C.E. 20.10.1950, Stein, CE 1950, S. 505

3) Ähnlich auch T.C. 19.6.1952, Sté des Combustibles et Carburants Nationaux, CE 1952, S. 628. Das heißt aber nicht, daß jede im Privatrecht ungewöhnliche Klausel auch "exorbitante" ist; sie muß vielmehr auch öffentlich-rechtlichen Charakter haben (vgl. Cass.soc. 13.1.1955 Bouvard, JCP 1956, II, Nr. 9488)

4) Vgl. de Laubadère, Droit adm. spécial, 1958, S. 38;
Vedel, remarques sur la notion de clause exorbitante, Mélanges Mestre Nr. 27 f.

Argumentation angeschlossen hat, ist zwar weniger konkret als die letztgenannten Theorien, dafür aber nicht von deren gefährlicher Strenge. Gegenüber den zu allgemein gehaltenen Definitionen gestattet sie eine einigermaßen genaue Bestimmung der abweichenden Klausel.

f) Die Relativität des Begriffes

Bei der Wahl zwischen dem extensiven und dem restriktiven Begriff wäre dem ersteren der Vorzug zu geben, denn im Grunde genommen gibt es nur wenige absolute clauses exorbitantes. Eine einzige vom Privatrecht abweichende Klausel wird nur in den seltesten Fällen dem Vertrag den verwaltungsrechtlichen Charakter geben. Dieser ergibt sich vielmehr aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen.

So sind z.B. die Kompetenzvereinbarungen, die Bezugnahme auf einen bekannten contrat administratif oder ein Lastenheft und der Gebrauch gewisser verwaltungsmäßiger Formen grundsätzlich nur Indiz für die Eigenschaft des Vertrages. Treffen jedoch mehrere derartige Anzeichen zusammen, so wird man nach ihnen in Verbindung mit den Vertragsbestimmungen, die nur undeutlich das öffentlich-rechtliche Mal tragen, die Qualifikation vornehmen können.

Wenn einige Autoren die Bezugnahme auf ein Lastenheft ¹⁾, die Vereinbarung der verwaltungsgerichtlichen Kompetenz ²⁾ und den Gebrauch

1) Himario, Les clauses exorbitantes ..., S. 48/49; Péquignot, Théorie générale ..., S. 170

2) Péquignot, a.a.O., S. 170/171

des Ausschreibungsverfahrens ¹⁾ als abweichende Klausel ansehen, so gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Bezugnahme auf ein Lastenheft den privatrechtlichen Charakter nicht aufhob ²⁾, die Kompetenzvereinbarung keinerlei Wirkung hatte ³⁾ und der auf Grund einer Ausschreibung zustandegekommene Vertrag nicht öffentlich-rechtlich war ⁴⁾. Es kommt auch vor, daß ein Gericht wohl die Berufung auf ein Lastenheft, nicht aber die Festsetzung einer Ausschreibung als clause exorbitante betrachtet ⁵⁾.

Die Relativität der vom Privatrecht abweichenden Klausel wird besonders deutlich in dem Fall, der allgemein als der typischste für eine clause exorbitante angesehen wird: die Einräumung des Rechts der Verwaltung auf einseitige Intervention, insbesondere der Anspruch auf außerordentliche Vertragsänderung oder -auflösung ⁶⁾. Der Tribunal des Conflits hat nunmehr festgestellt, daß nicht jede Bestimmung, die der Verwaltung ein solches Recht zuspricht, eine clause exorbitante darstellt ⁷⁾.

Daß die Gefahr der Unsicherheit geringer ist, als man nach dem Gesagten annehmen möchte, ist

-
- 1) Péquignot, JCA, Fasz. 500, S. 193
 - 2) C.E. 4.8.1927, Ets. Charmason, CE 1927, 948
C.E. 22.3.1950, Ile de St.-Pierre et Miquelon, CE 1950, S. 177
 - 3) C.E. 28.7.1916, Sté générale de gaz du midi, CE 1916, S. 330;
C.E. 19.2.1926, Département de L'Ain, CE 1926, S. 191
 - 4) T.C. 18.12.1933, Bery-Croes et Cne du Razès, Sy. 1934-III-36;
C.E. 4.2.1938, Quaeghebeur, CE 1938, S. 132
 - 5) T.C. 14.11.1960, S.A. commerciale agricole, RDP 1961, 397
 - 6) T.C. 10.3.1923, Rousseau, CE 1923, 246;
C.E. 3.7.1925, de Mestral, D 1926-III-17
 - 7) T.C. 28.3.1955, E.D.F. Cah.J.E.G. 1955 J. 149

darauf zurückzuführen, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in den seltensten Fällen nur eine "Klausel mit dem verwaltungsrechtlichen Mal" enthält. Da außerdem die Rechtsprechung, von der oben erwähnten Ausnahme abgesehen, doch einigermaßen konstant in der Beurteilung der Vertragsklauseln ist, läßt sich die Grenze der Klauseln, die typisch öffentlich-rechtlich sind, zu denen des Privatrechts am zuverlässigsten an Hand von Beispielen aufzeichnen.

3. Die hauptsächlichsten vom Privatrecht abweichenden Klauseln

a) Die Bestimmungen der Seeversicherungen in Kriegszeiten

Für den Vergleich der privatrechtlichen und der vom Zivilrecht abweichenden Klauseln ist der Fall der Seeversicherung in Kriegszeiten sehr aufschlußreich. Ursprünglich war diese Versicherung nach dem Gesetz vom 10.4.1915 ¹⁾ geregelt. Von der normalen Seeversicherung unterschied sie sich dadurch, daß sie ein service public war und ihre Bedingungen für privatrechtliche Verhältnisse ziemlich ungewöhnlich waren. So waren z.B. die Versicherungssumme auf 80 % des Schiffswertes begrenzt, die üblichen Haftungsgrundsätze geändert und die Kapitäne verpflichtet, sich in bestimmten Fällen an die Instruktionen der Seebehörde zu halten. Trotz dieser Umstände wurden die Seeversicherungsverträge nach dem Gesetz vom 10.4.1915 als privatrechtlich angesehen, weil den Klauseln das

1) Sy. table quinquennale 1911-1915, S. 55

verwaltungsrechtliche Merkmal fehlte ¹⁾.
Durch das Gesetz vom 14.4.1917 ²⁾ wurde dann das
Seeverversicherungswesen im Krieg neu geregelt.
Die Änderungen bestanden hauptsächlich in
folgendem: der Staat übernahm nunmehr das
Monopol für die Versicherung aller Schiffe
über 500 BRT, und bei Verlust des Schiffes
wurde die volle Versicherungssumme erst aus-
gezahlt, wenn eine ergangene Vorauszahlung
bereits zum Kauf oder zur Herstellung eines
neuen Schiffes verwendet worden war. Die
Versicherungsverträge nach dem Gesetz vom
14.4.1917 wurden wegen ihrer vom Privatrecht
abweichenden Klauseln als verwaltungsrechtlich
qualifiziert ³⁾. Den gleichen Charakter hatten
die Versicherungsverträge im zweiten Weltkrieg
nach dem Dekret vom 6.5.1939 ⁴⁾.

b) Die Privilegierung des öffentlich-
rechtlichen Partners

Zu den häufigsten und typischsten abweichenden
Klauseln zählen die, welche der Verwaltung
Vorrechte gegenüber dem Kokontrahenten ein-
räumen und so die Ungleichheit der Vertrags-
partner erkennen lassen. Die meisten dieser
Art geben der Verwaltung die teils durch den
Richter überprüfbare, teils nicht kontrollier-
bare Befugnis, hoheitlich einzuschreiten und
die Art und Weise der Vertragsausführung zu

1) C.E. 23.12.1921, Sté gén. d'armement,
CE 1921, S. 124

2) Sy., table quinquennale 1916-20, S. 29

3) C.E. 23.5.1924, Sté des affréteurs réunis,
CE 1924, S. 498

4) C.E. 12.11.1948, Cie des messageries maritimes,
CE 1948, S. 429, Dekret v. 6.5.1939 in D.P.
1939-IV-354

bestimmen (action d'office et décision exécutoire). Das öffentliche Bedürfnis erfordert im allgemeinen eine prompte und nicht zu beanstandende Erfüllung, weswegen die Verwaltung dies durch verschiedene Mittel zu sichern sucht. Amtliche Fachleute überwachen die Ausführung und geben Direktiven, denen der Kokontrahent gehorchen muß ¹⁾. Dauer, Menge und Umfang der Leistungen richten sich nach dem jeweiligen öffentlichen Bedürfnis ²⁾. Der Einzelne muß unter Umständen länger der Verwaltung zu Diensten stehen, als es der Vertrag vorgesehen hatte, und erweist sich die geplante Ausführungsart aus irgendwelchen Gründen als unzweckmäßig oder ist die Erfüllung nicht mehr im öffentlichen Interesse, so kann die Verwaltung den Vertrag einseitig ändern oder sogar auflösen. Gegenüber dem säumigen Vertragspartner ist die Verwaltung nicht auf die normalen privatrechtlichen Ansprüche, wie die auf Schadensersatz, Rücktritt und Vertragsstrafe beschränkt, sondern verfügt über eine strenge, selbständige Sanktionsgewalt, die vor allem präventiven Zweck hat. Der öffentlich-rechtliche Partner hat einen über das normale Rücktrittsrecht hinausgehenden außerordentlichen Auflösungsanspruch, der Konzessionär und der Vertragsangestellte können abgesetzt werden, auch wenn sie die hierzu veranlassenden

1) z.B. T.C. 19.6.1952, Sté des combustibles ..., CE 1952, S. 628

2) So entschied der Conseil d'Etat in dem Fall Christory et Ramboz am 22.4.1959 (CE 1959, S. 782), daß die Einräumung des Rechts für die Verwaltung, Normen und technische Spezifikationen in Bezug auf die Herstellung eines Werkes vorzuschreiben, eine clause exorbitante darstelle.

Gründe nicht vertreten müssen (letzteres ist jedoch für den finanziellen Ausgleich von Bedeutung). Die Firma eines Unternehmers öffentlicher Arbeiten kann unter Regie gestellt werden, und der konzessionierte Betrieb kann unter Sequester genommen werden. Schließlich kommen bei manchen Verwaltungsverträgen - etwa Dienst- und Lieferungsverträgen - Disziplinarmaßnahmen und in geringem Umfang auch regelrechte Strafgewalt in Betracht.

Nicht selten kommt es vor, daß sich die Verwaltung Eingriffe vorbehält, die nur mittelbar mit der eigentlichen Vertragserfüllung zusammenhängen, wie z.B. solche, die das Unternehmen des Kontrahenten im Ganzen betreffen oder etwa - was kürzlich als clause exorbitante bezeichnet wurde ¹⁾ - das Recht zur Entlassung von Angestellten im Betrieb des Vertragspartners. Hierzu sind auch die Fälle zu zählen, in denen die Verwaltung den Preis des Weiterverkaufs frei festlegen kann ²⁾ und sich bei einer Theaterverpachtung eine Programmgenehmigung vorbehält ³⁾.

Die Ungleichheit der Parteien wird auch deutlich bei den Verträgen, die der Einzelne abschließen muß, wie z.B. dem behandelten Seeversicherungsvertrag nach dem Gesetz von 1917.

Es gibt weiterhin Fälle, in denen der Verwaltung zwar nicht ausdrücklich ein besonderes Vorrecht

1) T.C. 20.4.1959, Sté nouvelle d'exploitation, des Plages, Piscines et Patinoires, CE 1959, S. 866

2) C.E. 18.1.1924, Ville de Paris, CE 1924, S. 58

3) T.C. 13.6.1955, Stanesco, D 1955, S. 637

eingeräumt worden ist, der Vertrag aber Entschädigungsregelungen nach öffentlich-rechtlichen Prinzipien vorsieht. Sie setzen notwendigerweise die Möglichkeit hoheitlicher Intervention voraus, so daß die diesbezüglichen Klauseln auch als "abweichend" anzusehen sind.

c) Rechte des Kontrahenten gegenüber Dritten

Neben den Vertragsbestimmungen, die der Verwaltung gegenüber ihren Kontrahenten besondere Rechte zusprechen, zählen diejenigen, welche dem Einzelnen hoheitliche Rechte übertragen, zu den charakteristischsten Klauseln. Überträgt die Verwaltung dem Kokontrahenten das Recht, gegenüber Dritten Gebühren zu erheben, wie das normalerweise bei der Konzession der Fall ist, so ist die diesbezügliche Vertragsbestimmung "exorbitante du droit commun". Nicht selten wird dem Konzessionär ein Monopol eingeräumt, was auch "vom Privatrecht abweicht" ¹⁾. Weitere hierher gehörige Beispiele sind die Übertragung öffentlicher Disziplinargewalt ²⁾ und die Berechtigung des Kokontrahenten zu vorübergehender Beschlagnahme fremden Eigentums ³⁾.

1) C.E. 21.4.1950, Nuncie, CE 1950, S. 231

2) C.E. 3.7.1925, de Mestral, D 1926-III-17

3) Cass. Civ. 20.6.1949, Verdin, Penant 1951-I-1

d) Das typisch öffentliche Rechtsverhältnis

Péquignot zählt zu den clauses exorbitantes auch solche, "die sich auf Gegenstände, die außerhalb des Handels stehen und die im normalen Vertrag unerlaubt wären" ¹⁾, beziehen, und versteht hierunter Bestimmungen, welche das öffentliche Eigentum, eine öffentliche Tätigkeit oder eine Steuerbefreiung zum Gegenstand haben. Es sind dies die Fälle, bei denen die Rechtsprechung oft den Ausdruck "von Natur aus öffentlich-rechtlich" oder "verwaltungsrechtlich durch ihren Gegenstand" verwendet und die in neuester Zeit in Verbindung mit dem Kriterium "unmittelbare Teilnahme am service public" Anlaß zu neuen Theorien gegeben haben.

Die Verträge zur Nutzung öffentlichen Eigentums sind zwar seit 1938 gesetzliche contrats administratifs, aber auch schon vorher hatte die Lehre sie wegen ihres Gegenstandes als verwaltungsrechtlich angesehen ²⁾.

Wie bereits ausgeführt wurde, enthält ein Vertrag, der die unmittelbare Teilnahme eines Einzelnen an der Funktion des service public zum Objekt hat, immer - wenn auch nicht ausdrücklich - clauses exorbitantes ³⁾. Legte man Péquignots erwähnte Kategorie von abweichenden Klauseln zugrunde und würde man so in der direkten Teilnahme selbst eine Klausel sehen, so wären die 1956 eingesetzten Bestrebungen, die Theorie des Verwaltungsvertrages in gewisser Beziehung abzuwandeln, vielleicht ohne den großen Widerhall geblieben.

1) Théorie générale ..., S. 170

2) s. oben S. 54 ff

3) Vgl. oben S. 88 ff

e) Klauseln mit undeutlichem "öffentlich-rechtlichem Merkmal"

Von den aufgezählten clauses exorbitantes sind diejenigen, welche sich nur durch Bezugnahme auf das Allgemeininteresse interpretieren lassen, wie die Wiederanschaffungsklausel in dem Seeversicherungsvertrag nach dem Gesetz von 1917, und die, welche lediglich im Privatrecht ungewöhnlich sind, wie die Verpflichtung des Theaterpächters, die Genehmigung des Programms durch die Verwaltung einzuholen, am schwersten als vom Privatrecht abweichend zu erkennen. Sie liegen an der Grenze dessen, was "das verwaltungsrechtliche Merkmal" trägt, und dessen, was noch zu dem Bereich der normalen Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen gehört, d.h. dort, wo sich die Qualifikation subjektiviert und im wesentlichen nur die Verkehrsauffassung einen objektiven Anhaltspunkt bieten und Präzedenzfälle eine Stütze leisten können.

f) Die Indizien

Eine Sonderstellung nehmen die zum Teil bereits erwähnten Klauseln ein, die auf einen bekannten Verwaltungsvertrag oder ein Lastenheft Bezug nehmen, die für den Fall von Rechtsstreitigkeiten die verwaltungsgerichtliche Kompetenz bestimmen und die, welche den Gebrauch typisch verwaltungsrechtlicher Formen vorschreiben.

Péquignot reiht diese Vereinbarungen unter die abweichenden Klauseln ein ¹⁾ und kann sich dabei auf einzelne Fälle in der Rechtsprechung berufen.

1) Théorie générale ..., S. 170
JCA Fasz. 500, S. 193

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung ¹⁾ erkennt ihnen jedoch nur eine geringe qualifizierende Kraft zu. Sie allein können nicht die Wirkung einer clause exorbitante entfalten und haben nur die Bedeutung eines Indizes, das als Ausdruck des Willens der Parteien in Zweifelsfällen berücksichtigt werden kann. Kommt ein Vertrag auf Grund einer Ausschreibung zustande, bei der der Einzelne von der Verwaltung verpflichtet wird, so entsteht der Eindruck eines öffentlich-rechtlichen Vorganges. Es besteht eine gewisse - widerlegliche - Vermutung für das Vorliegen eines contrat administratif. Zeugen die Vereinbarungen in gerade ausreichendem Maße für den verwaltungsrechtlichen Charakter, so wird er durch eine Kompetenzklausel gefestigt. Bei der Bezugnahme auf die Bestimmungen eines Lastenheftes oder einen typischen Verwaltungsvertrag kommt es darauf an, ob die so zur Vertragsgrundlage gemachten Artikel des Lastenheftes auch wirklich "abweichenden" Charakter haben, bzw. ob das Wesen des in Frage stehenden Vertrages tatsächlich auch dem Vertrag, auf den die Parteien Bezug genommen haben, entspricht. Eine gewisse Differenzierung zwischen diesen Arten von Klauseln erscheint dennoch angebracht zu sein: die Bezugnahme auf vom Privatrecht abweichende Artikel eines Lastenheftes kann selbst als clause exorbitante angesehen werden ²⁾, während die übrigen Vereinbarungen diesen Charakter nicht haben können.

1) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 78 ff und die dort angegebene Literatur.

2) So ist auch die Entscheidung T.C. 3.11.1958, Préfet de l'Aube (RDP 1959, S. 354) zu verstehen, die beide Begriffe gleichsetzt.

g) Die unbegrenzte Zahl von clauses exorbitantes

Es würde zu weit führen, alle in der Rechtsprechung als "vom Privatrecht abweichend" apostrophierten Vertragsbestimmungen aufzuzählen. Zudem wäre es unmöglich, alle diese Klauseln aufzuzählen, da sie sich nach den Erfordernissen des Einzelfalles richten. Ebenso wie es keinen *numerus clausus* der *contrats administratifs* gibt, gibt es keine abgeschlossene Zahl der clauses exorbitantes.

Bei besonders gearteten Verträgen können sich die herkömmlichen abweichenden Klauseln als ungeeignet erweisen, das öffentliche Interesse in genügendem Maße zu sichern, so daß entsprechende neue Bestimmungen getroffen werden. Beispiele für solche Fälle liefern die Verträge der Verwaltung in Kriegszeiten.

Im übrigen weisen die *cahiers des charges*, welche die Grundlage der hauptsächlichsten Verwaltungsverträge bilden, die häufigsten "nicht-privatrechtskonformen" ¹⁾ Vertragsklauseln aus. Erwähnt seien etwa die Artikel 10 - 14, 35 und 50 - 52 des *cahiers des clauses et conditions générales des marchés des Ponts et Chaussées* vom 29.12.1910 ²⁾.

h) Das Wesen der clause exorbitante im Spiegel der Rechtsprechung

Zur Kennzeichnung des Wesens und der Bedeutung der vom Privatrecht abweichenden Klausel seien abschließend noch einige Fälle der Recht-

1) So die Übersetzung von "exorbitante du droit commun" nach Imboden, der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 23 a

2) Abgedruckt bei de Laubadère, *Traité théorique* ..., Bd. 3, S. 388 ff

sprechung, in denen mangels dieses Kriteriums Privatrechtsverträge angenommen wurden, aufgezeigt.

So waren die Verwaltungsgerichte nicht zuständig, weil "die Verpflichtungen jedem Expéditeur hätten auferlegt werden können" ¹⁾, "der Staat sich wie ein normaler Unternehmer gezeigt hat" ²⁾, der Vertrag keine Klausel enthielt, "welche die Intervention der Verwaltung hätte rechtfertigen können" ³⁾, "die Vertragsbestimmungen dem Privatrecht entsprachen" ⁴⁾, die Klauseln "sich nach den allgemeinen Regeln des Seerechtes richteten" ⁵⁾, "Bedingungen des Privatrechts darstellten" ⁶⁾, "der Vertrag auch von einem normalen Transportarbeiter so abgeschlossen worden wäre" ⁷⁾ oder keine Klausel vorhanden war, die den Parteien Rechte oder Pflichten gab, "die ihrer Natur nach sich von denen unterscheiden, die in privatrechtlichem oder handelsrechtlichem Rahmen normalerweise übernommen werden". ⁸⁾

1) C.E. 6.5.1921, Cie P.L.M., CE 1921, S. 454

2) C.E. 5.3.1924, Sté les affréteurs réunis, CE 1924, S. 262

3) T.C. 10.3.1923, Rousseau, CE 1923, S. 246

4) T.C. 4.6.1930, Cie des assurances Le Soleil, CE 1930, S. 446

5) C.E. 23.3.1923, Sté gén. des transports à vapeur, CE 1923, S. 305

6) C.E. 27.12.1922, Jouvin, CE 1922, S. 997
C.E. 2.12.1959, Gadal, RDP 1960, S. 349

7) C.E. 19.12.1957, Caisse Régionale, RDP 1958, S. 330

8) C.E. 26.2.1958, Cie des mines de Falimé-Gambié, CE 1958, S. 128

IV. Teil

Die Anwendung der Kriterien auf die hauptsächlichsten Verträge der Verwaltung

Vorbemerkung

Die Untersuchung der hauptsächlichsten Verträge der Verwaltung nach den im vorhergehenden Teil entwickelten Prinzipien ist aus zwei Gesichtspunkten bedeutsam. Einerseits machen es die sehr weit gehaltenen, herrschenden Begriffsformulierungen der Grundmerkmale "service public" und "abweichende Klausel" sowie die im Laufe der Entwicklung entstandenen und vielfach noch offenen Zweifelsfragen schwer, die theoretisch fundierte Vorstellung vom natürlichen Verwaltungsvertrag auf den Einzelfall zu übertragen und eine sichere Charakterzeichnung vorzunehmen. Hier kommt die von der Rechtsprechung geübte Praxis zur Hilfe, die als richtungsweisend anerkannt ist und die in den meisten Zweifelsfällen die Lösung ermöglicht. Zum andern ist die Betrachtung der einzelnen Vertragstypen deshalb erforderlich, weil jede Art Eigentümlichkeiten aufweist, die sich nicht ins Allgemeine übertragen lassen. Bei der einen Gattung gibt es clauses exorbitantes, die bei der anderen nicht zu finden sind. Umstände, die hier mit Sicherheit für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrages sprechen, sind dort kaum oder überhaupt nicht von Bedeutung.

Die Kenntnis dieser Sonderheiten ermöglicht es, den Spielraum innerhalb der allgemeinen Theorie im konkreten Fall richtig zu nutzen, ohne daß es einer Heranziehung der zu restriktiven Theorien bedarf.

Die im vorangegangenen Teil behandelten Kriterien kommen grundsätzlich nur bei den nicht gesetzlich qualifizierten Verträgen der Verwaltung zur Anwendung. Wie aber im Teil II schon angedeutet wurde, besteht heute in Rechtsprechung und Lehre die Tendenz, den Charakter des Vertrages so wenig wie möglich formalistisch zu bestimmen und so auch gesetzliche Verträge an Hand der allgemeinen Theorie der Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen auf ihre Natur hin zu untersuchen. Im Zuge dieser Entwicklung werden bereits einige wesentliche contrats administratifs, die früher als gesetzlich qualifiziert angesehen wurden, nach den allgemeinen Kriterien geprüft. Auch, wo das Gesetz noch maßgebend bleibt, wird es doch so interpretiert, daß kaum ein typischer Privatrechtsvertrag nur auf Grund gesetzlicher Bestimmungen zum öffentlich-rechtlichen wird.

Um diese zunehmende Fusion gesetzlicher und natürlicher Verträge der Verwaltung zu berücksichtigen, sei zunächst die Natur der hauptsächlichsten gesetzlichen Verträge aus dem Gesichtspunkt der im Teil III entwickelten Theorie beleuchtet.

1. Gesetzliche Verträge der Verwaltung und ihr Verhältnis zu der allgemeinen Theorie des Verwaltungsvertrages

- a) Der Vertrag über öffentliche Arbeiten erfüllt grundsätzlich auch die natürlichen Voraussetzungen eines contrat administratif. Bei diesem

Kontrakt legen die Parteien nämlich fast immer die Bestimmungen eines Lastenheftes, vornehmlich die des cahier des clauses et conditions générales des marchés des travaux des Ponts et Chaussées vom 29.12.1910, zu Grunde. Dieses läßt für individuelle Abmachungen nur wenig Raum und enthält überwiegend unprivatrechtliche Klauseln. Während de Laubadère ¹⁾ hierin die Absicht der Vertragspartner, sich dem öffentlichen Recht zu unterwerfen, sieht (was nur ein Indiz für den verwaltungsrechtlichen Charakter sein kann) und wegen des weiten Begriffes der travail public vorsichtig meint, die gesetzliche Qualifikation erscheine vernünftig, nennt Péquignot ²⁾ die marchés de travaux publics ohne Einschränkung natürliche und nicht gesetzliche Verwaltungsverträge. Die Rechtsprechung zeigt sich unentschieden. Der Conseil d'Etat hat am 20.4.1956 einen Mittelweg eingeschlagen und festgestellt, der Vertrag über öffentliche Arbeiten sei ohne Rücksicht auf die in ihm getroffenen Bestimmungen allein wegen seines Gegenstandes öffentlich-rechtlich ³⁾. Zu diesem Ergebnis gelangte das Gericht aber, indem es die Begriffe "öffentliche Arbeit" und "service public" gleichsetzte, was von Waline ⁴⁾ zu Recht kritisiert wurde, denn die Bindung eines Vertrages an einen service public reicht nicht aus, einen contrat administratif anzunehmen.

1) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 39, Nr. 19

2) Théorie générale ..., S. 42

3) C.E. 20.4.1956, Ministre de l'Agriculture, RDP 1956, 1058

4) Vgl. Waline, RDP 1956, 1058 ff.

b) Die concessions de travaux publics erfüllen ebenso wie die anderen Konzessionen, die als gesetzliche Verwaltungsverträge gelten (zum Beispiel als Verträge zur Nutzung öffentlichen Eigentums), immer die Bedingungen der natürlichen Verwaltungsverträge. Allgemein ist eine Konzession nach der noch heute gültigen Definition von Chardenet ¹⁾ "ein Vertrag, der einen Einzelnen oder eine Gesellschaft verpflichtet, ein öffentliches Werk auszuführen oder die Führung eines service public zu gewährleisten, und zwar auf eigene Kosten, mit oder ohne Subvention, mit oder ohne Garantie, und er bzw. sie dafür das öffentliche Werk nutzen oder Gebühren bei den Benutzern bzw. denen, welchen der service public zugutekommt, erheben darf."

Die hier aufgezählten Merkmale sind dem Privatrechtsvertrag fremd und typisch öffentlich-rechtlich. Die Delegation des Rechts, von Dritten Gebühren zu erheben, ist im Zivilrecht überhaupt nicht möglich. Wegen ihrer festen Wesenselemente wird die Konzession als der typischste ²⁾, durch und durch verwaltungsrechtliche Vertrag ³⁾ bezeichnet. Es wurde zwar auch einmal der Versuch gemacht, die Konzession als ein Rechtsverhältnis nach den Artikeln 1710, 1779, 1786 des Code Civil anzusehen ⁴⁾, was jedoch kein Echo fand. Nach allgemeiner Meinung gibt es keine privat-

1) Conclusions zu C.E. 30.3.1916, Sté du Gaz de Bordeaux, CE 1916, 128

2) Péquignot, Théorie générale ..., S. 48

3) Chardenet zu C.E. 30.3.1916, Sté du Gaz de Bordeaux, CE 1916, 128; Jèze, Les contrats administratifs, Bd. 1, S. 57

4) Pichat zu C.E. 4.3.1910, Thérond, CE 1910, 194

rechtliche Konzession. Die Tätigkeit des Konzessionärs ist eine im service public organisierte Funktion und stellt nach Jèze ¹⁾ die geregelte und fortgesetzte Befriedigung des öffentlichen Interesses dar.

c) Der offre de concours ist, wie oben auf S. 49 ff. ausgeführt, nur dann gesetzlicher Verwaltungsvertrag, wenn in ihm die Lasten einer öffentlichen Arbeit übernommen werden. In diesem Fall wird bisher nicht darauf abgestellt, ob er auch nach den allgemeinen Kriterien verwaltungsrechtlich ist. Immer wenn in ihm das Element "travail public" enthalten ist, gilt er ohne weitere Untersuchung als contrat administratif.

Seine eigentliche Natur läßt sich aber daran erkennen, wie die übrigen offres de concours, die nicht eine öffentliche Arbeit sondern einen service public betreffen (opérations administratives d'offre de concours), behandelt werden. Deren Charakter wird nach den generellen Prinzipien beurteilt. Das führt oft zu der Feststellung eines Privatrechtsvertrages in Form der Schenkung unter Auflage ²⁾. Dies zeigt wieder einmal, daß der alleinige Umstand, daß ein Vertrag im Hinblick auf einen service public geschlossen ist, nicht ausreicht, ihn zum

1) Les contrats administratifs, Bd. 1, S. 56

2) C.E. 16.11.1900, Leboucher, CE 1900, 626
C.E. 8. 7.1910, Casé et Ponsolle, CE
1910, 583

öffentlich-rechtlichen zu machen. Péquignot möchte die Rechtsprechung veranlassen, auch diejenigen offres de concours, die eine öffentliche Arbeit betreffen, der allgemeinen Theorie zu unterwerfen, weil sie dieselbe Natur hätten wie die offres de concours, die im Hinblick auf einen service public geschlossen seien ¹⁾.

d) Der Verkauf von Grundstücken des Staates ist ein rein gesetzlicher Verwaltungsvertrag, d.h. die Anwendung der allgemeinen Theorie würde ergeben, daß er grundsätzlich privatrechtlicher Natur ist.

Da er nur Grundstücke aus dem privaten Eigentum des Staates zum Gegenstand haben kann, unterscheidet er sich kaum von dem Grundstücksverkauf nach dem Code Civil. Besonderheiten weist er nur insofern auf, als er im allgemeinen auf Grund einer Ausschreibung zustande kommt und die Verwaltung nicht die im Privatrecht übliche Garantie für Masse und die Haftung für versteckte Mängel übernimmt.

Die Ausschreibung ist zwar ein öffentlich-rechtliches Verfahren, sie betrifft jedoch nur die Form des Abschlusses, die auf die Natur des Kontraktes keine Wirkung hat und allenfalls hilfsweise berücksichtigt werden kann. Der teilweise Ausschluß von Garantie und Haftung stellt keine clause exorbitante du droit commun dar ²⁾. Solche Beschränkungen gibt es auch

1) Théorie générale ..., S. 45

2) Vgl. Péquignot JCA Fasz. 500, Sektion I, Nr. 8

bei anderen zivilrechtlichen Grundstücksübertragungen wie z.B. solchen, die im Wege der Versteigerung stattfinden.

Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, über Streitigkeiten aus einer vente d'immeubles de l'Etat zu entscheiden, läßt sich folglich nur auf die loi du 28 pluviôse an VIII stützen. Es ist auch bisher noch kein Fall bekannt geworden, in dem ein Grundstücksverkauf durch eine andere öffentlich-rechtliche Person als den Staat als verwaltungsrechtlich angesehen wurde. De Laubadère bezeichnet den Vertrag daher als von Natur aus privatrechtlich ¹⁾.

e) Wegen der Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums kann zunächst einmal auf das bezüglich der Konzessionen Gesagte (S. 124) verwiesen werden, da es sich bei diesen Rechtsverhältnissen meistens um contrats de concession handelt. Im übrigen spricht schon der Gegenstand des Vertrages, der als domaine public immer der Gemeinnützigkeit dient, für den öffentlich-rechtlichen Charakter. Daher hat man diesen Vertrag, schon bevor er gesetzlich qualifiziert war, vielfach als "administratif en raison de son objet" angesehen ²⁾. Da er aber starke Parallelen zu den privatrechtlichen Pacht- und Mietverträgen aufwies, gab es vor Inkrafttreten der décret-loi du 17.6.1938 auch Entscheidungen,

1) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 116, Nr. 88

2) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 47, Nr. 23

welche die Rechtsnatur nach dem Vorhandensein der Kriterien des service public und der clauses exorbitantes bestimmten ¹⁾.

2. Die natürlichen Verwaltungsverträge

a) Der Vertrag über die Lieferung von Sachen an die Verwaltung (marché de fournitures)

Der Gegenstand dieses Vertrages ist die Lieferung von Mobilien an die Verwaltung, die diese für die Funktion eines service public benötigt. Dieses häufig vorkommende Rechtsverhältnis galt bis 1912 auf Grund des Art. 14 des Dekrets vom 11.6.1806 ²⁾ als gesetzlicher contrat administratif. Ausgehend von den Ausführungen Blums zu der Sache Société des granits porphyroïdes des Vosges ³⁾, wonach es für die Annahme eines Verwaltungsvertrages nicht genügt, daß eine Lieferung für einen service public Vertragsgegenstand ist, ging die Rechtsprechung dazu über, die Natur der Lieferungsverträge von Sachen an die Verwaltung ohne Rücksicht auf das Dekret von 1806 nach den allgemeinen Kriterien zu bestimmen ⁴⁾.

Das Gesetz hat heute nur noch eine gewisse Bedeutung, wenn es sich um Grenzfälle des öffentlichen und des privaten Rechts handelt.

1) So C.E. 7.2.1925, Chemins de fer de l'Etat, CE 1925, 142;

T.C. 5.3.1934, Worms, CE 1934, 1243

2) Jur.gén. V^o, Conseil d'Etat, S. 180

3) C.E. 31.7.1912, Sy. 1917-III-15

4) z.B. C.E. 20.2.1920, Thérès, CE 1920, 193;
T.C. 18.7.1923, Sté des Magasins généraux
CE 1923, 581; C.E. 14.5.1924, de Lambilly
CE 1924, 468

Da es ursprünglich nur die Verträge des Staates betraf und man deshalb bis zur Entscheidung Terrier ¹⁾ die Lieferungsverträge von Sachen an die lokalen Verbände (Gemeinden, Departements usw.) e contrario für privatrechtlich hielt ²⁾, entscheiden in Zweifelsfällen bei den marchés de fournitures mit dem Staat die Verwaltungsgerichte und bei denen der übrigen Personen des öffentlichen Rechts die ordentlichen Gerichte ³⁾.

Der Vertrag über die Lieferung von Sachen an die Verwaltung entspricht nicht einem im Code Civil geregelten Rechtsverhältnis, sondern trägt die Merkmale verschiedener Vertragstypen. Wenn er privatrechtlich ist, so kommt es auf den Einzelfall an, welche Vorschriften des Code Civil anwendbar sind, denn die Lieferung kann einmal zugleich die Herstellung eines Werkes umfassen, einmal auch eine Dienstleistung betreffen oder nur in einem Verkauf bestehen. Man bezeichnet ihn daher allgemein besser als gemischten Vertrag und nicht wie Waline als Werkvertrag ⁴⁾ oder wie Péquignot als Kaufvertrag ⁵⁾. Auch als Verwaltungsvertrag ist er von anderen contrats administratifs nicht immer leicht zu unterscheiden. Verrichtet z.B. ein Unternehmen mit den von ihm gelieferten

1) s. oben S. 40

2) C.E. 17.7.1895, Clouzard, CE 1895, 584

3) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ...,
Bd. 1, S. 110, Nr. 82;
T.C. 7.11.1922, Manon, CE 1922, 794;
T.C. 1.5.1928, Templier, Sy. 1928-III-129

4) Traité élémentaire de droit administratif,
6. Aufl., S. 575

5) Théorie générale ..., S. 45

Sachen einen travail public, so könnte es sich auch um einen Vertrag über öffentliche Arbeiten handeln. In einem solchen Fall ist zu untersuchen, ob "Lieferung" oder "öffentliche Arbeit" vorherrschendes und den Charakter bestimmendes Element ist ¹⁾. Diese Methode der Abgrenzung, die dem deutschen Absorptionsgrundsatz bei gemischten Verträgen entspricht, wird auch angewendet, wenn der Vertrag auf lange Dauer geschlossen ist, die Leistung direkt an den Benutzer eines service public erfolgt und dieser eventuell die Lieferung selbst vergütet. Hier könnte auch eine concession de service public in Frage kommen ²⁾.

So verschieden wie der Zweck, Umfang und Art der Lieferung sein können, so unterschiedlichen Charakters sind auch die marchés de fournitures. Sind die Lieferungen für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben von hohem Interesse, muß sich die Verwaltung der unbedingt ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages versichern und ist es mit der Aufgabe der Verwaltung nicht vereinbar, daß der öffentlich-rechtliche Partner durch die privatrechtlichen Grenzen zu sehr gebunden ist, so wird der Kokontrahent in den meisten Fällen einem cahier des charges konfrontiert, welcher der Verwaltung die notwendige "Ellenbogenfreiheit" läßt und dessen Bedingungen der Einzelne, will er kontrahieren, annehmen muß. Liegt einem Lieferungsvertrag kein solches Lastenheft, das

1) Vgl. C.E. 17.2.1937, Sté Alsthom, CE 1937, 217
C.E. 11.6.1951, Allard, CE 1951, 327

2) Vgl. C.E. 8.2.1918, Sté d'éclairage de Poissy,
D 1919-III-9

die clauses exorbitantes enthält, zu Grunde, so wird der Vertrag oft zu Gunsten der ordentlichen Gerichtsbarkeit interpretiert ¹⁾.

Für manche Lieferungs- und Transportverträge schreiben Gesetze oder Verordnungen der Verwaltung vor, bestimmte Klauseln mit "öffentlich-rechtlichem Merkmal" in den Vertrag aufzunehmen. Nach dem Dekret vom 26.8.1957 ²⁾ ist, wie schon nach dem Dekret vom 11.5.1953 ³⁾, dem öffentlich-rechtlichen Partner bei Verträgen mit dem Staat eine besondere Kontrollgewalt einzuräumen. Für Verträge im Zusammenhang mit dem Wiederaufbau, die zwischen 1944 und 1946 geschlossen wurden, gibt es nach Art. 105 des Gesetzes vom 7.10.1946 ⁴⁾ besonders große Revisionsmöglichkeiten. Desgleichen sind die marchés de fortification oder marchés de guerre nach den Gesetzen vom 6.7.1934 ⁵⁾, vom 20.7.1940 ⁶⁾, vom 5.9.1941 ⁷⁾ und vom 7.10.1946 ⁸⁾ in weitem Umfang revisionsfähig.

1) z.B. C.E. 14.3.1926, Cie parisienne de navigation, Sy. 1926-III-59.
Dagegen erscheint die Meinung von Desgranges (Définition du marché de fournitures, RDP 1942, S. 189), ein cahier des charges sei immer Voraussetzung eines öffentlichen Lieferungsvertrages, zu absolut. Sie folgt der abzulehnenden rein formalistischen Theorie (s.o. S. 64 ff.) Die abweichende Klausel muß nicht in einem Lastenheft enthalten sein. Sie kann mündlich, ja sogar stillschweigend vereinbart sein.

2) D 1957, 292

3) D 1953, 183

4) D 1946, 389

5) D.P. 1935-IV-148

6) D.P. 1940-IV-238

7) D.A. 1941, 462

8) D 1946, 389

Für den verwaltungsrechtlichen Charakter des Lieferungsvertrages sprechen auch die Vereinbarungen besonderer Ausführungsbedingungen und die außergewöhnlicher Sanktionen.

Läßt sich die Verwaltung dagegen etwas auf Rechnung liefern ¹⁾, handelt es sich um Lieferung gegen Barzahlung ²⁾ oder erging die Bestellung mündlich ³⁾, so wird mangels Feststellung von clauses exorbitantes ein Privatrechtsvertrag anzunehmen sein ⁴⁾. Die Lieferung von Holz an eine Strafvollzugsbehörde mit dem Zweck, die Funktion des service public zu gewährleisten, kann nach einer neueren Entscheidung ⁵⁾ nicht auf öffentlich-rechtlichem Vertrag beruhen, wenn der Kontrakt weder abweichende Klauseln noch eine Bezugnahme auf ein Lastenheft oder dessen allgemeine Bedingungen enthält. Durch diese Formulierung entsteht der Anschein, als sei die Bezugnahme auf ein Lastenheft selbständiges Kriterium des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

1) C.E. 18.3.1925, Moutard, CE 1925, S. 281

2) C.E. 25.7.1947, Boulois, CE 1947, S. 343

3) C.E. 8.7.1931, Fraisse, CE 1931, S. 737

4) Die erwähnten Abschlußarten dürfen nicht als Kriterien eines Zivilrechtsvertrages der Verwaltung verstanden werden. Sie beziehen sich nur auf den Lieferungsvertrag und sind Anzeichen dafür, daß keine abweichenden Klauseln vereinbart worden sind.

5) T.C. 3.11.1958, Préfet de l'Aube, RDP 1959, S. 354

In Wirklichkeit ist sie nur eine bedingte abweichende Klausel (s. oben S. 117 f.)

Man muß sich die Praxis der Gerichte vor Augen halten, nicht immer alle allgemeinen Voraussetzungen in der Reihe der Prüfung aufzuzählen, sondern meist nur die im konkreten Fall relevanten Merkmale zu behandeln, um manchen Auslassungen oder Hervorhebungen von Umständen in den Urteilsgründen die richtige Bedeutung beizumessen zu können. Da eine Strafvollzugsbehörde öffentlich-rechtliche Lieferungsverträge grundsätzlich unter Bezugnahme auf ein Lastenheft schließt, ist ihrem Fehlen in diesem Fall besonderes Gewicht beizumessen. Die bei einzelnen Verträgen bestehenden Gewohnheiten mögen auch wohl die Ursache mancher abzulehnender Theorien über den Verwaltungsvertrag sein, die derartige Besonderheiten als allgemeingültig unterstellen. Einen solchen Fall stellt z.B. der Versuch dar, in der Dauer der Mitarbeit an der Ausführung eines service public das Kriterium eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu sehen.

Beim *marché de fournitures* ist die Berücksichtigung der Leistungsdauer in gewisser Hinsicht gerechtfertigt. Handelt es sich um eine einzige Lieferung (*marché de livraison*), so wird die Verwaltung, wenn die vom Lieferanten zu erbringende Leistung nicht von außerordentlicher Bedeutung für den service public ist, auf besondere Vorrechte bei der Ausführung des Vertrages verzichten und die üblichen privatrechtlichen Bedingungen eines Vertrages, der eine Lieferung zum Gegenstand hat, für ausreichend halten können. Dauerlieferungen dagegen sind meist von größerer Bedeutung für den öffentlichen Dienst.

Die Verwaltung muß sich der jeweiligen pünktlichen Erfüllung versichern und andererseits kann die langfristige Bindung der Verwaltung in den Widerspruch zu den wechselnden öffentlichen Bedürfnissen geraten. In solchen Fällen ist ein contrat administratif anzunehmen. Er enthält immer - ausdrücklich oder stillschweigend - Klauseln, die vom Privatrecht abweichen ¹⁾.

Wenn auch die Einzellieferung für ein Privatrechtsverhältnis spricht, so ist doch mit de Laubadère ²⁾ die Auffassung von Corneille ³⁾, ein solcher Vertrag beruhe immer auf Zivilrecht, da der öffentlich-rechtliche Lieferungsvertrag eine Mitarbeit von gewisser Mindestdauer voraussetze, abzulehnen. Dem steht der erwähnte Vorbehalt entgegen, daß auch eine Einzellieferung von besonderer Bedeutung für den öffentlichen Dienst sein kann. Die Verwaltung kann auf unbedingt pünktliche und sorgfältigste Lieferung angewiesen sein und wird sich in diesen Fällen durch besondere unprivatrechtliche Bedingungen wie Überwachung der Beförderung oder der Herstellung und scharfe Sanktionen sichern. Auf der anderen Seite zeigt sich gerade beim *marché de fournitures* oft der Vorteil des Einzelnen im öffentlich-rechtlichen Vertrag: wegen des öffentlichen Interesses an der Lieferung kann die Verwaltung gehalten sein, den Lieferanten bei etwaigen Schwierigkeiten finanziell zu unterstützen und ihn vor unvoresehenen Gefahren zu schützen ⁴⁾.

1) C.E. 14.12.1923, Sté gén. des grands moulins de Corbeil, CE 1923, S. 851

2) *Traité théorique* ..., Bd. 1, S. 111, Nr. 82

3) *Conclusions* zu C.E. 8.2.1918, Sté d'éclairage de Poissy, Sy. 1924-III-2

4) C.E., Sté d'éclairage de Poissy, D 1919-III-9

b) Der Vertrag über Transporte für die
öffentliche Hand (marché de transports)

Für ihn gilt im wesentlichen das, was über den marché de fournitures gesagt wurde, von dem er sich nur durch den Gegenstand unterscheidet. Dort betrifft der Vertrag eine Lieferung, hier einen Transport von Sachen für eine öffentlich-rechtliche Person. Auf den marché de transports wurde auch lange Zeit das Dekret vom 11.6.1806 ¹⁾ angewendet mit der Folge, daß er im Streitfall der Beurteilung durch die Verwaltungsgerichte unterlag. Aus denselben Gründen, wie sie beim marché de fournitures genannt wurden (S. 128 f) bestimmt die Rechtsprechung seit 1918 seinen Charakter und so seine Gerichtsbarkeit nach den allgemeinen Grundsätzen der Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen. Das hat ergeben, daß er sowohl Verwaltungsvertrag als auch Zivilrechtsvertrag sein kann ²⁾.

Ein privatrechtliches Verhältnis liegt vor, wenn der Unternehmer die Transporte für die öffentliche Hand unter Bedingungen ausführt, die auch für die zivilen Kunden üblicherweise gelten ³⁾. Das wird meist dann der Fall sein,

1) Jur. gén. V^o Conseil d'Etat S. 180

2) Vgl. C.E. 19.6.1918, Sté des voiliers français
CE 1918, 597;
C.E. 18.6.1919, Cie des chargeurs français,
CE 1919, 520;
C.E. 6.5.1921, Cie P.L.M., D.P. 1921, 510;
C.E. 7.3.1924, Cie Transatlantique,
CE 1924, 273;
C.E. 5.3.1926, Messageries Maritimes,
CE 1926, 255;
C.E. 19.12.1957, Caisse Régionale, RDP
1958, 330

3) So in C.E. 6.5.1921, Cie P.L.M., D.P. 1921, 510

wenn die Verwaltung Güter per Eisenbahn transportieren läßt, wo eine besondere Sicherung oder eine Aufsicht der auftraggebenden Verwaltung grundsätzlich nicht geboten ist. Auch wenn ein Reeder dem Staat seine Schiffe zur Verfügung stellt, der Staat jedoch selbst den Transport vornimmt, so ist das wohl ein *contrat de transports*. Er ist aber, obgleich er die Funktion eines *service public* betreffen mag, privatrechtlich, weil er keiner *clauses exorbitantes* bedarf und der handelsrechtlichen *location en time-charter* (gemischter Transport - Mietvertrag) entspricht ¹⁾. Dadurch, daß der Staat den Schiffsverkehr selbst betreibt, ist das öffentliche Interesse im allgemeinen genügend gesichert.

In Kriegszeiten werden die Schiffahrtsunternehmen jedoch in erhöhtem Maße in Anspruch genommen. Um eine Beschlagnahme ihrer Schiffe zu vermeiden, können die Reeder ihre Schiffe auch auf Grund von Verträgen in den Dienst eines *service public* stellen. Diese Verträge, bei denen man die sog. *charte-partie* und den *contrat de gérance* unterscheidet, sind immer öffentlich-rechtlich. Die *charte-partie* unterstellt den Unternehmer der Aufsicht einer Seetransportbehörde und ist, was die Vertragsdauer betrifft, nur vom Willen des Staates abhängig ²⁾. Die Merkmale des *contrat administratif* sind bei ihr deutlich zu erkennen. Bei dem *contrat de gérance* tritt der Reeder an die Stelle des Staates und führt den Transport

1) C.E. 18.6.1919, *Chargeurs français*, CE 1919, 520;
T.C. 6.4.1946, *Sté franco-tunisienne*, CE 1946, 327

2) z.B. C.E. 18.4.1951, *Cie de navigation Fraissinet*, CE 1951, 194

"in eigener Regie" aus. Ein typisches Beispiel für ihn bietet der Fall Manon ¹⁾, in dem der private Unternehmer sich verpflichtet hatte, Truppen mit eigenen Schiffen zu transportieren und für die Verpflegung eines Verteidigungspostens zu sorgen, wobei seine Aufgabe von dem öffentlich-rechtlichen Vertragspartner je nach den Erfordernissen geändert werden konnte. Ein solcher Kontrakt braucht nicht ausdrücklich von dem Privatrecht abweichende Klauseln zu enthalten. Hier ist die Möglichkeit hoheitlicher Intervention nicht wegzudenken, die clauses exorbitantes sind zumindest stillschweigend Teil der Vertragsbedingungen. Heute würden wohl viele französische Juristen die verwaltungsrechtliche Natur des contrat de gérance damit begründen, daß er eine unmittelbare Teilnahme des Readers an einem service public vorsehe ²⁾.

Öffentlich-rechtlich sind aber nicht nur die Transportverträge in Kriegszeiten. Die Verpflichtung eines Kraftwagenunternehmers, einen Postboten während längerer Zeit vom Bahnhof und zurück zu befördern, beruht auf öffentlichem Recht, weil er damit den Postverkehr (service public) mit abwickeln hilft und die pünktliche und sorgfältige Ausführung der Fahrt durch clauses exorbitantes gesichert ist ³⁾. Schließt ein Minister für seinen Ressort Spezialtransportverträge, so besteht die Vermutung für einen

1) T.C. 7.11.1922, Manon, Sy. 1926-III-24

2) so de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 114, Nr. 85

3) C.E. 20.7.1917, Automobiles postales, Sy. 1923-III-56

öffentlich-rechtlichen Vertrag ¹⁾. Soll der Unternehmer auf Grund einer Bestimmung eines cahier de charges, das Zahl und Umfang der auszuführenden Transporte offenläßt, tätig werden, so bestimmen sich seine Rechte und Pflichten nach öffentlichem Recht ²⁾.

Transportaufträge erteilt die Verwaltung auch häufig durch Konzession. In diesem Fall spricht man nicht mehr von einem marché de transports, sondern behandelt das Rechtsverhältnis unter dem allgemeinen Begriff der concession de service public, die schon wegen der Übertragung der Aufgaben eines service public und der Delegation des Rechts auf Gebührenerhebung immer öffentlich-rechtlich ist. Waline hält die Abgrenzung des Vertrages über Transporte für die öffentliche Hand von der Konzession für schwierig und stellt darauf ab, ob es sich um regelmäßige und planmäßige (Konzession) oder um einzelne, nicht an einen Fahrplan gebundene Transporte (marché de transports) handelt ³⁾. Diese Faustregel ist eher dazu geeignet, den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter, der oft von der Vertragsdauer abhängig ist ⁴⁾, festzustellen, findet aber ihre Begründung nicht in dem Wesen der beiden Rechtsverhältnisse. Auch die marchés de transports, wie z.B. die Frachtverträge in Kriegszeiten, können von langer und unbestimmter Dauer sein. Richtiger erscheint es, den Unterschied in der Art der Vergütung zu suchen und

1) Corneille, Conclusions zu C.E. 6.5.1921, Cie P.L.M., D.P. 1921, 510

2) C.E. 8.4.1927, Chemin de Fer de l'Est, Sy. 1927-III-89

3) Traité élémentaire de droit administratif, 6. Aufl., S. 578

4) Vgl. oben S. 133 f.

eine Konzession anzunehmen, sobald der Transportunternehmer sein Entgelt durch eine Gebührenerhebung bei den Benutzern eines service public erhält. Dieser Gedanke mag Péquignot ¹⁾ und de Laubadère ²⁾ zu der Forderung bestimmt haben, der marché de transports müsse "pour le compte d'une collectivité publique" geschlossen sein. De Laubadère hebt ausdrücklich hervor, daß das Entgelt "sous la forme d'un prix" zu vereinbaren sei.

c) Die persönlichen Dienstleistungsverträge
(contrats de prestations de services personnels)

Von großer Verschiedenheit sind die Rechtsverhältnisse, durch die sich die Verwaltung ihr Personal zu Dienstleistungen verpflichtet. Bei ihnen stellen sich zugleich zwei Probleme: sind sie überhaupt Verträge, und, falls sie es sind, haben sie öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter?

Im allgemeinen verpflichtet sich die Verwaltung Einzelne nicht durch Vertrag zu Dienstleistungen. Der Status ihrer Bediensteten ist meist gesetzlich geregelt. Trotzdem bleibt auch für den Vertrag noch ein großer Raum innerhalb der Dienstverhältnisse mit einer Person des öffentlichen

1) Théorie générale ..., S. 76

2) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 112, Nr. 84

Rechts, da die Funktion der services publics in erster Linie auf derartigen Rechtsverhältnissen beruht.

Die Stellung des Beamten, des typischsten Dienstverpflichteten einer Hoheitsperson, ist für das Problem der Unterscheidung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträge ohne Belang. Hatte man früher vereinzelt die Verpflichtung des Beamten durch Vertrag anerkannt ¹⁾, so ist dies nach der Vereinheitlichung des Beamtenstatus und der Tendenz bei der Frage, ob gesetzliches oder vertragliches Verhältnis vorliegt, ersterem den Vorzug zu geben ²⁾, heute kaum noch möglich ³⁾. Das Rechtsverhältnis des Beamten beruht auf einem acte-condition.

Im übrigen könnte ein Dienstvertrag eines Beamten niemals anders als öffentlich-rechtlich sein, da er immer, einerlei ob es ausdrücklich vereinbart war oder nicht, dem öffentlichen Recht unterstand. Er war immer im Hinblick auf einen service public geschlossen und enthielt - meist stillschweigend - eine zahllose Reihe abweichender Klauseln, durch die sich der Staat seiner ordnungsgemäßen Funktion unbedingt versichern mußte ⁴⁾.

1) Vgl. C.E. 26.1.1923, Bernard Lafregeyre, RDP 1923, S. 237

2) Vgl. C.E. 3.2.1956, Fontbonne, CE 1956, S. 45

3) Waline, (Stellungnahme zu C.E. 4.4.1952, Focken, RDP 1953, S. 469) schließt die Möglichkeit, heute den Beamten durch Vertrag zu verpflichten, gänzlich aus.

4) Vgl. de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 125, Nr. 97

Umstritten ist die Rechtsnatur der Wehrverpflichtung (engagement militaire). Über ihren öffentlich-rechtlichen Charakter ist man sich zwar einig, aber die Frage, ob sie ein Vertrag oder ein allgemeines gesetzliches Verhältnis darstellt, hat zu Auseinandersetzungen geführt. Einen Vertrag nehmen Péquignot ¹⁾ und Waline ²⁾ an, da sie wie bei dem Rechtsverhältnis der Benutzer eines service public ³⁾ das Vorliegen eines Vertrages nicht von einer "situation individuelle" abhängig machen. Jèze ⁴⁾ und de Laubadère ⁵⁾ sehen in der Wehrverpflichtung einen acte-condition, weil sich die Rekruten von vorneherein festgesetzten Bedingungen unterwerfen müssen. Der Conseil d'Etat hat seine Auffassung hierzu mehrmals geändert ⁶⁾. In der letzten diesbezüglichen Entscheidung teilt er wieder die Meinung von Jèze und de Laubadère ⁷⁾. Immerhin ist zu beachten, daß die Dauer des engagement militaire von der beiderseitigen Willensübereinstimmung abhängt, was für das Vorliegen eines Vertrages spricht. Abwegig erscheint jedoch der Standpunkt Péquignots,

-
- 1) Théorie générale ..., S. 54; JCA Fasz. 500, S.19
 - 2) RDP 1948, 78
 - 3) Vgl. oben S. 18 f.
 - 4) RDP 1948, 259
 - 5) Traité théorique ..., Bd. 1, S. 8, Nr. 1
S. 132, 133, Nr. 103
 - 6) C.E. 16.7.1920, Chirac, RDP 1920, 537: allgemeines gesetzliches Verhältnis;
C.E. 29.1.1947, Michaux, RDP 1948, 78: Vertrag;
C.E. 13.6.1947, Schmitt, CE 1947, 257: Vertrag
 - 7) C.E. 3.2.1956, Fontbonne, CE 1956, 45

der in der Wehrverpflichtung einen gesetzlichen contrat administratif sieht. Zur Begründung dieser Ansicht beruft er sich nicht auf ein bestimmtes Gesetz, sondern auf "die Gesamtheit der Gesetze und Regelungen über die Einstellung und Organisation der Armee" ¹⁾. Die von ihm angeführten Gesetze, die eine vertragliche Gestaltung des Wehrverhältnisses gestatten ²⁾, geben keine Antwort darauf, ob es sich dabei um Verträge des öffentlichen Rechts handelt. Péquignots Idee des gesetzlichen Verwaltungsvertrages hat im übrigen keine Unterstützung erfahren.

Auf die Dienstleistungsverträge der Verwaltung mit Nichtbeamten ist die allgemeine Theorie der Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen in vollem Umfang anwendbar. Sie weisen jedoch mannigfache Eigentümlichkeiten auf, die hier eine größere qualifizierende Kraft haben als bei anderen Verträgen.

Die Frage, ob sie im Hinblick auf einen service public geschlossen sind, bietet meist keine Schwierigkeit und ist im allgemeinen zu bejahen. Nur in seltenen Fällen ist das öffentliche Interesse an ihnen so gering, daß diese Voraussetzung als nicht gegeben anzusehen ist, wie z.B. beim Engagement einer Theatergruppe für die ehemalige französische Besatzungszone in

1) JCA Fasz. 500, S. 19

2) Théorie générale ..., S. 54 f.

Deutschland ¹⁾. Die Untersuchung konzentriert sich wie bei fast allen Verträgen auf die Frage, unter welchen Bedingungen kontrahiert wurde, d.h. ob vom Privatrecht abweichende Klauseln vorhanden sind.

Hat sich der Dienstverpflichtete der Verwaltung nicht über den Rahmen des Privatrechts hinaus unterworfen ²⁾, sondern nur nach den normalen privatrechtlichen Bedingungen ³⁾, stützt sich der Vertrag insbesondere auf die üblichen Einstellungs- und Kündigungsbestimmungen ⁴⁾, so fehlt das öffentlich-rechtliche Merkmal. Wie wenig die Form geeignet ist, einen Vertrag zu charakterisieren, zeigt sich wiederum darin, daß sogar die "Ernennung" eines Bediensteten durch Ministerialerlaß ⁵⁾, wie überhaupt jede Ernennung und Entlassung durch amtliche Entscheidung ⁶⁾ nicht die Annahme eines Verwaltungsvertrages rechtfertigen, wenn der Inhalt des Kontraktes ansonsten nicht die Anwendung des öffentlichen Rechts erfordert.

Keines besonderen Rechtsregimes bedürfen auch die Verträge der Ansager und sonstiger Vortragenden mit dem staatlichen Rundfunk. Sie sind privatrechtlich, obwohl der Partner an der Ausführung eines service public teilnimmt ⁷⁾.

1) Vgl. T.C. 27.3.1952, Grunsberg, CE 1952, 622

2) C.E. 18.1.1952, Kissin, RDP 1952, S. 513

3) C.E. 29.11.1950, Le Roux, CE 1950, S. 533

4) C.E. 25.4.1947, Ménuguié, CE 1947, S. 618
T.C. 24.10.1942, Balliasse-Richaud, Penant
1947-I-3

5) C.E. 2.2.1945, Lecte, CE 1945, S. 28

6) C.E. 30.7.1949, Vollaëys, CE 1949, S. 406

7) Vgl. C.E. 25.4.1958, Sté des orateurs et conférenciers, RDP 1958, S. 1020

Enthält der Vertrag jedoch besondere Anstellungs- und Kündigungsbedingungen, die sich nicht nur auf die Form beziehen, sondern materielles Recht gestalten wie z.B. ein außergewöhnliches, privatrechtsfremdes Vertragsauflösungsrecht, so kann man hierin abweichende Klauseln sehen ¹⁾. Die Bindung des Einzelnen an das öffentliche Recht braucht sich aber, wie bereits betont, nicht ausdrücklich aus den Vertragsbestimmungen zu ergeben. So sind die abweichenden Klauseln implizite vorhanden, wenn die Vergütung der Dienste auf Grund einer Budgetbelastung erfolgt ²⁾ oder den Bediensteten ein Ruhegeld zugesichert wird ³⁾, da diese Umstände für eine beamtenähnliche Stellung des Kontrahenten zeugen, die wiederum eine notwendige Unterordnung nach öffentlichem Recht mit sich bringt. Es versteht sich, daß die ausdrückliche Berufung auf die Regeln der hoheitlichen Überwachung, des Disziplinarrechts und auf die für Beamten üblichen Freiheitsbeschränkungen immer eine clause exorbitante darstellt ⁴⁾.

Neben den getroffenen Differenzierungen hat man beim Dienstleistungsvertrag einige globale Anhaltspunkte für die Unterscheidung herausgefunden, die eine eingehende Untersuchung

1) Vgl. C.E. 3.7.1925, de Mestral, D 1926-III-17

2) C.E. 20.12.1947, Col de Madagascar, D 1947-J. 464

3) C.E. 20.1.1935, Lemaire, CE 1935, S. 130

4) Vgl. C.E. 24.1.1947, Joly, CE 1947, S. 27
C.E. 23.4.1947, Ségol, CE 1947, S. 158
C.E. 9.6.1948, Cousin, CE 1948, S. 254

seines Charakters mehr oder weniger erübrigen. Im Interesse der Organisation und Funktion eines service public ist es erforderlich, daß sich die Verwaltung der Zuverlässigkeit des Direktionspersonals und der Angestellten mit besonderer Verantwortung wirksam versichert, während für das untergeordnete Personal die privatrechtlichen Garantien grundsätzlich ausreichen. Die Rechtsprechung hält sich daher vielfach an die Art der Beschäftigung des Kontrahenten und qualifiziert den Vertrag nach ihr. So sind denn die Verträge, durch die Direktions- und Buchhaltungspersonal verpflichtet werden, grundsätzlich öffentlich-rechtlich ¹⁾. Durch Verwaltungsvertrag ist z.B. auch der Leiter der französischen Jugend- und Gesundheitsfürsorge in Deutschland angestellt ²⁾.

Demgegenüber ist der untergeordnete Dienstverpflichtete in den bisher bekannt gewordenen Fällen immer durch Zivilrechtsvertrag gebunden worden ³⁾.

Das Unterscheidungskriterium der Art der Beschäftigung - so einleuchtend und einfach es erscheint - hat jedoch sehr flüssige Grenzen und ist nur in eindeutigen Fällen von Wert. Es gibt einerseits viele Stufen des Über- und Untergeordnetseins, und andererseits sind nicht bei jeder Art des Dienstleistungsvertrages die

1) C.E. 26. 1.1923, Lafreygere, CE 1923, S. 67
C.E. 28.11.1928, Agger, CE 1928, S. 410

2) C.E. 21.3.1958, Salin, CE 1958, S. 187

3) C.E. 31.1.1930, Ministre des travaux publics, CE 1930, S. 133 (einfacher Arbeiter)
C.E. 8.11.1929, Mounier, D 1930-III-39
C.E. 25.1.1952, Boglione, 1952, S. 55

gleichen Maßstäbe anzulegen. Bei den Verträgen der services publics industriels ou commerciaux, die hauptsächlich privatrechtlich geführt werden, ist immer eine besondere Überordnung erforderlich, um hieraus den öffentlich-rechtlichen Charakter herleiten zu können ¹⁾. Mittlere Angestellten dieser services können im Gegensatz zu denen der reinen services publics administratifs nie durch öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet sein ²⁾.

Dienstleistungsverträge werden desweiteren vielfach nach ihrer Dauer beurteilt. Handelte es sich nur um vorübergehende Anstellungen, so schloß die Rechtsprechung hieraus, daß Privatrecht anzuwenden sei ³⁾, während sie bei dauernder Beschäftigung einen Verwaltungsvertrag annahm ⁴⁾. Dem letzteren kann unbedenklich gefolgt werden, da die Verwaltung gegenüber ihrem Dauerpersonal immer eine

-
- 1) Vgl. C.E. 23.1.1953, Fatigon, CE 1953, S. 32
T.C. 22.2.1960, Lagarrigue, RDP 1960, 836
- 2) de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1, S. 130/131, Nr. 101
Waline, Manuel ..., 8. Aufl. 1959, S. 527
C.E. 2.5.1958, Garigue, CE 1958, 251
C.E. 11.6.1958, Teulon, CE 1958, 339
C.E. 15.7.1958, Limousin, CE 1958, 449
- 3) C.E. 30.5.1945, Chapelier, CE 1945 111
C.E. 9.11.1949, Dumont, CE 1949, 446
C.E. 25.2.1959, Hôpital-hospice de Bernay, CE 1959, S. 138
- 4) T.C. 15.1.1938, Eric de Mare, Sy. 1938-III-28
C.E. 8.12.1948, Pasteau, RDP 1949, 75

privilegierte Position haben muß, die ihr das Zivilrecht nicht ausreichend vermitteln kann. Aber auch das nur vorübergehende Engagement eines Einzelnen kann unter Umständen von hohen öffentlichen Interessen sein, so daß aus der Dauer der Anstellung nur bedingt auf einen Zivilrechtsvertrag geschlossen werden kann.

In neuerer Zeit beruft sich die Judikatur bei der Anwendung des öffentlichen Rechts weniger auf die Dauer der Teilnahme als vielmehr auf die Unmittelbarkeit der Mitarbeit an einem service public ¹⁾. Hierzu sei auf das allgemein zu diesem Kriterium Gesagte hingewiesen (s. oben S. 86 ff), denn es handelt sich hier nicht um eine Eigentümlichkeit der Dienstleistungsverträge.

Für die Aushilfe-Angestellten gelten keine Besonderheiten. Sie können durch Privatrechtsvertrag ²⁾ oder durch Verwaltungsvertrag ³⁾ verpflichtet sein; da sie meist nur vorübergehend unter Vertrag genommen sind, sollte doch auch die Tatsache, daß sie oft nach öffentlichem Recht angestellt werden, gegen das Unterscheidungsmerkmal der dauernden und vorübergehenden Teilnahme sprechen.

-
- 1) Vgl. T.C. 13.1.1958, Chardon, CE 1958, 789
T.C. 23.11.1959, Santelli, CE 1959, 871
- 2) C.E. 8.12.1933, Rousseau, Sy. 1934-III-62
C.E. 25.7.1952, Broquet, Sy. 1952-III-117
- 3) C.E. 24.1.1947, Joly, CE 1947, 27
C.E. 11.7.1958, Aka Bile, CE 1958, 438

d) Miet- und Pachtverträge (contrats de location et de bail)

Während bei den vorbehandelten Verträgen noch in großem Umfang die verwaltungsgerichtliche Kompetenz zu bejahen war, sind Miete und Pacht sowie die noch folgenden Vertragstypen deutlich vom Privatrecht geprägt. Vielfach verfolgt die Verwaltung mit diesen Kontrakten in erster Linie ein finanzielles Ziel und nur in geringem Maße ein öffentliches Interesse. Bei den Miet- und Pachtverträgen kommt noch hinzu, daß bestimmte Arten, wie die Verträge über die Nutzung öffentlichen Eigentums ¹⁾, die Verpachtung kommunaler Abgaben ²⁾ und die Verpachtung von Mineralquellen durch den Staat ³⁾ bereits durch Gesetz qualifiziert sind. Auch der häufige Umstand, daß die Verwaltung gern Miet- und Pachtverhältnisse im Zusammenhang mit einem Vertrag über öffentliche Arbeiten oder einer Konzession begründet und so das Gesamtverhältnis nach letzteren bestimmt wird ⁴⁾, engt den Anwendungsbereich der allgemeinen Theorie ein.

Vermietet oder verpachtet die Verwaltung, so kann wegen des Dekrets vom 17.6.1938 ⁵⁾ für eine Untersuchung nach den öffentlich-rechtlichen Kriterien nur das Privateigentum der öffentlichen Hand in Frage kommen.

1) s. oben S. 54 ff.

2) s. oben S. 60 f.

3) s. oben S. 58

4) Vgl. z.B. C.E. 28.6.1918, Sté générale thermale et balnéaire, CE 1918, S. 642
C.E. 14.1.1935, Cie des eaux de Royat, DP 1935-I-81

5) D.P. 1938-IV-323

Was nun die Verträge bezüglich des privaten Eigentums des Staates betrifft, so hatte Lehre ¹⁾ und Rechtsprechung ²⁾ sie lange immer für privatrechtlich gehalten, ja sogar für den Fall, daß sie im Hinblick auf einen service public ³⁾ oder mit absolut unprivatrechtlichen Klauseln ⁴⁾ geschlossen waren. Nach dieser Anschauung wären öffentlich-rechtliche Verpachtung und Vermietung durch die Verwaltung ausgeschlossen. Neuerdings stellt man jedoch immer mehr darauf ab, ob abweichende Klauseln vorhanden sind ⁵⁾ und ob der Einzelne als Mieter eine Verpflichtung des service public übernimmt ⁶⁾, womit der allgemeinen Theorie des Verwaltungsvertrages entsprochen wird.

Eine Sonderstellung nehmen die Theaterverpachtungen durch die Verwaltung von jeher ein. Erfolgen sie nach den allgemeinen Bedingungen des Privatrechts, so können sie niemals öffentlich-rechtlich sein. Behält sich die Verwaltung jedoch die Preisfestsetzung und die Programmgenehmigung vor, dann - so argumentiert man - handelt es sich um eine Konzession des service public théâtral und folglich um einen contrat

-
- 1) Rouvière, à quels signes ..., S. 51
Péquignot, Théorie générale..., S. 135
 - 2) C.E. 13.2.1942, Commune de Sarlat, DC 1942-I-167
 - 3) Cass. Civ. 3o.6.1936, Weill, Sy. 1937-I-161
 - 4) C.E. Commune de Sarlat; Long
Stellungnahme zu C.E. 2o.4.1956, Ville de Nice,
RDP 1956, S. 578
 - 5) C.E. 29.10.1952, Sté d'Aubigny, CE 1952, S. 475
C.E. 17.12.1954, Grosy, RPDA 1955, Nr. 75
de Laubadère, a.a.O., Bd. 1, S. 119, Nr. 91
 - 6) C.E. 13.2.1959, Ville de Biarritz, RDP 1959,
S. 1068

administratif ¹⁾.

Die Theorie der Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen wurde immer angewendet, wenn die Verwaltung als Pächter oder Mieter auftrat. Das Ergebnis ist dabei fast ausnahmslos, daß die Rechtsverhältnisse kein Merkmal des öffentlichen Rechts tragen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um Grundstücke ²⁾ oder um bewegliche Sachen ³⁾ handelt. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt bei diesen Verträgen in der Analyse ihrer Klauseln. Mag der Vertrag dem service public noch so nützlich sein und ihn direkt betreffen, diese Tatsache allein ändert nichts an seinem privatrechtlichen Charakter ⁴⁾. Nur wenn die Vertragsbestimmungen "die Pacht ihrer Natur berauben" ⁵⁾, wird der Kontrakt zum verwaltungsrechtlichen. Eine weitere Sonderstellung nimmt hier die bereits besprochene location en time-charter ein. (s. oben S. 136).

-
- 1) C.E. 19.3.1948, Les amis de l'Opérette, CE 1948, S. 142
T.C. 13.6.1955, Stanesco, D 1955, S. 637
 - 2) T.C. 8.5.1939, Béccat, Sy. 1939-III-72
T.C. 2.2.1950, Gaufreteau CE 1950, S. 651
 - 3) C.E. 22.12.1922, Jouvin, CE 1922, S. 997
 - 4) Vgl. T.C. 16.11.1913, Meyer, CE 1913, S. 1116
T.C. 22.11.1951, Sté anonyme Kléber-Capérouse, CE 1951, S. 644
C.E. 6.7.1955, Baynes, CE 1955, S. 389
 - 5) So Waline zu Cass. Req. 23.11.1938, Office National du Tourisme, D 1939-I-101

2) Kauf und Verkauf (contrat d'achat et de vente)

Auch bei diesen Verträgen handelt es sich um typische Privatrechtsverträge. Da sich ihre Natur aber nach der allgemeinen Theorie bestimmt und zumindest theoretisch die Möglichkeit besteht, daß auch diese Verträge unter vom Privatrecht abweichenden Bedingungen geschlossen werden, kann man nur grundsätzlich vom zivilrechtlichen Charakter sprechen.

Verkauft der Staat Grundstücke seines privatrechtlichen Eigentums - das öffentliche Eigentum ist ja unveräußerlich - so liegt zwar ein gesetzlicher Verwaltungsvertrag vor (s. oben S. 52 ff.), seine wahre Natur ist jedoch im allgemeinen privatrechtlich ¹⁾.

Der Grundsatz, daß Verkäufe der Verwaltung privatrechtlich sind, erleidet aber einige Durchbrechungen, wenn es sich um Mobilien handelt. So werden beispielsweise die Verträge der services publics industriels ou commerciaux mit ihren Benutzern, die auch Verkäufe von beweglichen Gegenständen betreffen können, danach beurteilt, ob sie unter den normalen privatrechtlichen Bedingungen geschlossen worden sind oder ob sie das "öffentlich-rechtliche Mal" tragen ²⁾. Der

1) Vgl. oben S. 126 f.

2) So C.E. 20.10.1950, Stein, CE 1959, S. 505
(Privatvertrag)
C.E. 23.2.1940, Courmont, CE 1940, S. 73
(Verwaltungsvertrag)

Verkauf durch die Verwaltung kann sich insbesondere dann nach dem öffentlichen Recht richten, wenn er nicht nur von privatem und finanziellem Interesse getragen wird, sondern einer Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse dient. Letzteres ist in Kriegszeiten häufig der Fall, wenn der Staat die Ernährung selbst regelt und beispielsweise den Verkauf von Getreide an besondere Bedingungen knüpft, die Privatpersonen im allgemeinen nicht vorsehen, und ihn durch den sog. Ernährungsdienst bewirken läßt ¹⁾. Immerhin handelt es sich doch um Ausnahmen. Der Mobilienverkauf der Verwaltung bleibt grundsätzlich privatrechtlich, da er im allgemeinen nur vorkommt, wenn die Verwaltung ihn gewerbsmäßig betreibt oder wenn sie Sachen veräußert, die sie nicht mehr braucht. In beiden Fällen ist kein Platz für die Anwendung des öffentlichen Rechts. Im Hinblick auf die schon bestehenden und die noch möglichen Ausnahmen sowie darauf, daß der Grundsatz der Privatrechtlichkeit ein Ergebnis der Anwendung der Theorie des Verwaltungsvertrages ist, ist die Formel, die der Conseil d'Etat zeitweise gebraucht, nämlich es liege ein Zivilrechtsvertrag vor, da es sich um einen Mobilienverkauf des Staates handelt ²⁾, ungenau. Richtig ist es, im jeweiligen Fall zu sagen, der Verkauf sei privatrechtlicher Natur, da er unter den normalen Bedingungen zustande gekommen ist ³⁾.

1) C.E. 14.12.1923, Moulins de Corbeil, CE 1923, S. 851

C.E. 25.5.1925, Sté des moulins brestois, CE 1925, S. 534

2) Vgl. C.E. 8.6.1949, Devicq, CE 1949, S. 272 auch Himario (les clauses exorbitantes, S. 30) ist der irrigen Meinung, Mobilienverkäufe des Staates müßten immer privatrechtlich sein.

3) So C.E. 11.5.1929, Séguinol, CE 1929, 514
C.E. 17.12.1954, Grosy, RPDA, 1955, Nr. 75

Auch wenn die Verwaltung als Käufer auftritt, so kommt das öffentliche Recht im allgemeinen nicht zur Anwendung. Zum Erwerb der zur Funktion und Organisation des öffentlichen Dienstes notwendigen Dinge verfügt die Verwaltung über besondere Möglichkeiten. Kann sie es nicht auf die Zustimmung des Einzelnen ankommen lassen, so wird sie einseitig mittels Enteignung oder Beschlagnahme vorgehen. Erlaubt der erforderliche Erwerb einen freiwilligen Entschluß des Einzelnen zur Unterwerfung nach öffentlichem Recht, dann ist der öffentliche Lieferungsvertrag das geeignete Mittel der Verwaltung, um Mobilien zu erwerben, d.h. bei jedem Kauf von beweglichen Gegenständen durch die Verwaltung, der nach der allgemeinen Theorie öffentlich-rechtlicher Natur ist, liegt in Wirklichkeit ein öffentlich-rechtlicher Lieferungsvertrag vor. Enthält er keine abweichenden Klauseln, so handelt es sich um einen privatrechtlichen Kaufvertrag ¹⁾.

Erwirbt die Verwaltung Grundstücke durch Kauf und nicht durch Enteignung, so ist auch dieser Vertrag im allgemeinen privatrechtlich. Das gilt auch dann, wenn es sich um eine gütliche Einigung mit dem zu Enteignenden handelt, einerlei ob die Enteignung schon verfügt ist oder nicht ²⁾. Die Rechtsprechung bezeichnet den Immobilienkauf durch die Verwaltung als "von Natur aus privatrechtlich" ³⁾.

1) C.E. 28.1.1925, The Great Lakes, CE 1925, 98
C.E. 18.12.1959, Vitta Daka, RDP 1960, 448
Dagegen ist nicht jeder Lieferungsvertrag ohne
abweichende Klauseln ein Kauf nach dem Code
Civil oder Code de Commerce. Er kann auch
Werkvertrag sein (s. oben S. 129 f.)

2) Cour de Paris, 2.2.1953, Sté Cégéto, C 1953
J. 204

3) C.E. 13.7.1938, Batté, CE 1938, 1004

Dieser Ausdruck läßt aber nicht erkennen, daß Ausnahmen mit öffentlich-rechtlichem Charakter möglich sind. Eine solche Möglichkeit deutet de Laubadère für den Fall an, daß der Grundstücksverkäufer sich zu einer gütlichen Einigung bereit erklärt, um einer Enteignung zu entgehen, der Preis jedoch von einem Bewertungsausschuß bestimmt wird ¹⁾.

Im Rahmen der Kaufverträge sind schließlich noch diejenigen, die nicht Sachen, sondern Rechte zum Gegenstand haben, insbesondere die urheberrechtlichen Verträge, zu erwähnen. Sie sind ebenfalls grundsätzlich privatrechtlich ²⁾. Bei ihnen ist es kaum vorstellbar, daß der Rechtsübertragende sich besonderen, seine Position einengenden Bedingungen freiwillig unterwirft.

f) Die öffentliche Anleihe (contrat d'emprunt public)

In der öffentlichen Anleihe des Staates sahen die Gerichte lange Zeit einen gesetzlichen contrat administratif ³⁾, denn gewohnheitsmäßig wurden

1) de Laubadère, a.a.O., Bd. 1, S. 116, Anm. 1

2) C.E. 15.11.1922, Bocandé, CE 1922, S. 822 (Erfindungspatent)
C.E. 21.1.1938, Edition Musico-Mécaniques, Sy. 1940-III-9 (Musikaufführungsrecht)
C.E. 18.1.1950, Sté A. des procédés Fouque, CE 1950, S. 35

3) z.B. C.E. 31.5.1922, CE 1922, 309 (Berteaux)

auf sie die Gesetze vom 17.7.1790¹⁾ und vom 26.9.1793²⁾ angewendet, die jedoch nur allgemein bestimmten, daß Forderungen an den Staat öffentlich-rechtlich zu regeln seien. Diese dürftige Grundlage und die Tatsache, daß öffentliche Anleihen der übrigen Verwaltung e contratio ohne Prüfung einfach als privatrechtlich betrachtet wurden, zogen die Kritik der Lehre auf sich³⁾. Die heutige Rechtsprechung erwähnt die Gesetze im Zusammenhang mit der Erörterung der Rechtsnatur von öffentlichen Staatsanleihen nicht mehr, sondern stellt sie nach der allgemeinen Theorie der Verwaltungsverträge fest⁴⁾. Auch die Anleihen anderer Personen des öffentlichen Rechts werden nicht mehr von vorneherein als privatrechtlich abgetan, sondern nach ihren Vertragsklauseln beurteilt⁵⁾. In den meisten Fällen von Staatsanleihen wird das Ergebnis der Untersuchung ein contrat administratif sein, weil ihm im allgemeinen eine Reihe spezieller Regelungen zu Grunde liegt, die von der hoheitlichen Gewalt geprägt ist. So genießen diese Verträge Steuerfreiheit, sind unpfändbar, der Zinssatz unterliegt nicht dem gesetzlichen Wucherverbot, Einspruch kann nicht erhoben werden und die einzelnen Anleihen werden in öffentliche Register eingetragen. An solchen

1) Jur.gén. V^o Trésor public, S. 1093

2) Jur.gén. V^o Trésor public, S. 1103

3) Vgl. Jèze, Les contrats ..., 1927, Bd. 1, S. 130
de Laubadère, Traité théorique ..., Bd. 1,
S. 121 f. Nr. 93
Péguignot, Théorie générale ..., S. 52
("Gesetzesfetischismus")

4) C.E. 9.1.1952, Gény, CE 1952, 19
C.E. 5.1.1955, Cie française des carburants,
Rev. adm. 1955, 32

5) Vgl. C.E. 14.5.1943, Commune de Joinville-le-Pont, CE 1943, 122

Klauseln fehlt es durchweg bei den Anleihen der lokalen Verbände. Deshalb sind diese meist privatrechtlich. Daß mit den Anleihen finanzielle Zwecke verfolgt werden, steht der Annahme, daß sie im Hinblick auf einen service public geschlossen sind, nicht entgegen, da auch durch finanzielle Unterstützung dem öffentlichen Interesse gedient werden kann ¹⁾.

g) Verschiedene Verträge

Die übrigen im Code Civil enthaltenen Verträge haben die Verwaltung selten zum Partner. Ist dies jedoch einmal der Fall, dann sind sie nach der allgemeinen Theorie durchweg privatrechtlich. Meist kommen die Gerichte zu diesem Ergebnis, nachdem sie festgestellt haben, daß sie keine vom Privatrecht abweichenden Klauseln enthalten. Das gilt sowohl vom Tausch ²⁾, der Leihe ³⁾ oder der Verwahrung ⁴⁾. Die Vermutung, die für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte spricht, ist auch bei diesen Verträgen unterschiedlich. Der Auftrag erfordert besondere Prüfung, obwohl er auch meist privatrechtlich

1) Vgl. auch de Laubadère (Traité théorique Bd. 1, S. 68, Nr. 47), der darauf hinweist, daß selbst fiskalische Monopolbetriebe einen service public darstellen können.

2) C.E. 27.3.1885, Hutel, CE 1885, S. 361 (im Ergebnis richtig, jedoch keine Anwendung der allgemeinen Theorie)

3) C.E. 7.11.1924, Allergon, CE 1924, S. 871

4) C.E. 1.2.1918, Académie de Médecine, CE 1918, S. 85

ist ¹⁾. Es liegt näher, daß die Verwaltung die Beauftragung mit besonderen Bedingungen verknüpft wie z.B., wenn es sich um Getreidebeschaffung in Kriegszeiten handelt, als daß sie sich etwa beim Tausch besondere Rechte vorbehält. Die Kompetenzfrage wird daher bei den verschiedenen Verträgen auch mit unterschiedlicher Intensität geprüft.

Eine weitere Vermutung zu Gunsten des privatrechtlichen Charakters läßt sich ferner nach der Person des Vertragschließenden aufstellen. Im Zusammenhang mit der Erörterung des Begriffs "service public" wurde bereits darauf hingewiesen, daß gewisse services publics, insbesondere die services publics industriels ou commerciaux, grundsätzlich privatrechtlich geführt werden. Bei Verträgen, die einem solchen service dienen, ist deshalb streng zu prüfen, ob sie unter besonderen, das Privatrecht ausschließenden Bedingungen geschlossen worden sind. Wird durch sie der Einzelne eng an den service gebunden, so sind nicht, wie bei den reinen services publics administratifs, stillschweigende abweichende Klauseln zu unterstellen. Die sog. halböffentlichen services verfolgen das Allgemeininteresse nicht in dem Maße wie die typischen Hoheitsorgane. Dauer der Lieferung ²⁾ und

1) z.B. Trib. Civ. de l'Aisne, 27.12.1926, Girardot, D 1928-II-116

2) T.C. 28.3.1955, Electricité de France, Cah. El. gaz, Juli 1955, S. 415

Dauer der Beschäftigung ¹⁾ haben bei ihnen nicht die Bedeutung wie bei den Lieferungs- und Dienstleistungsverträgen des Staates. Solche Indizien gelten bei ihnen nicht. Das Interesse der Allgemeinheit an ihren Verträgen muß deutlich aus den Klauseln hervorgehen.

Eine privatrechtliche Position hat im allgemeinen auch der Benutzer eines service public. Verträge mit ihm sind - sofern sie anerkannt waren - früher immer als privatrechtlich bezeichnet worden ²⁾. Der Grund hierfür ist weniger das Fehlen abweichender Klauseln - die Verwaltung unterwirft den Benutzer meist einer strengen Disziplin und hat das Recht, die Tarife zu ändern - als vielmehr das geringe öffentliche Interesse an dem einzelnen Vertrag; er betrifft nur mittelbar die Funktion oder Organisation des service public. Bei ausdrücklich abweichenden Klauseln wird man aber auch ihn als verwaltungsrechtlich ansehen. Hierauf stellt auch die heutige Rechtsprechung ab ³⁾. Sie räumt außerdem ein, ein solcher Vertrag sei auch dann öffentlich-rechtlich, wenn eine Person des öffentlichen Rechts Benutzer sei ⁴⁾. In diesem Fall würde der Vertrag nämlich im Hinblick auf die Funktion zweier services publics geschlossen sein und das öffentliche

1) C.E. 24.6.1936, Ambrosini, CE 1936, S. 577

2) Vgl. Waline, De la situation juridique de l'usager d'un service public, Revue critique 1933, S. 237 ff.

3) C.E. 20.10.1950, Stein, CE 1950, S. 505
C.E. 13.3.1959, Sté Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage, RDP 1959, S. 1069
C.E. 9.10.1959, Hôpital-Hospice de Dax, RDP 1960, S. 164

4) C.E. Hôpital-Hospice de Dax

Interesse würde das Vertragsverhältnis in besonderem Maße bestimmen, so daß beide Partner sich nicht auf die Vertragsverpflichtung berufen könnten, falls dies dem Allgemeininteresse widerspräche.

V. Teil

Contrat Administratif und öffentlich-
rechtlicher Vertrag des deutschen Verwaltungsrechts

I. Der Contrat administratif im Lichte des deutschen
Verwaltungsrechts

1. Die Stellung des deutschen und des französischen Ver-
waltungsvertragsrechts zu fremden Rechtskreisen

"Als Institution bleibt der contrat administratif untrennbar mit dem Gesamtsystem des französischen Verwaltungsrechts verbunden. Seiner Übernahme durch einen fremden Rechtskreis, ja auch der analogen Heranziehung der zahlreichen, von der französischen Praxis geprägten Sonderregeln über die rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Verwaltung stehen daher grundsätzliche Hindernisse entgegen". ¹⁾ Diese Folgerung Imbodens, die den contrat administratif als einmalige Sonderheit erscheinen läßt und den fremden Betrachter, der hier eine Lösung für ungelöste Probleme seines Rechtskreises zu finden hofft, mit Resignation erfüllt, gilt vor allem dem deutschen Recht des Verwaltungsvertrages. Das französische und das deutsche Recht bezogen mit ihrer Stellung zu diesem Zwitter des Rechts - zumindest bis zur Anerkennung subordinationsrechtlicher Verträge im deutschen Recht - die äußersten, entgegengesetzten Pole, und alles schien dafür zu sprechen, daß eine irgendwie geartete Gemeinsamkeit ausgeschlossen ist.

1) Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
S. 18a

In diesem Sinn unterscheidet Langrod ¹⁾ bei den anderen europäischen und auch außereuropäischen Ländern zwei große Gruppen: eine, die der französischen Konzeption des Verwaltungsvertrages folgt und eine, die sich dem deutsch-österreichischen Modell anschließt. Zu der ersteren zählt Langrod Portugal, Spanien, Italien, Belgien, die Türkei, Ägypten und die lateinamerikanischen Länder. Die deutsch-österreichische Lehre dagegen habe lange in Mittel- und Osteuropa gegolten. Heute wird die zweite Gruppe praktisch nur noch von Deutschland, Österreich und der Schweiz gebildet. Das osteuropäische Gebiet kommt nach der soziologischen Umwandlung für einen Vergleich nicht mehr in Betracht. ²⁾ Österreich wird eine "offenere (und damit auch vielleicht realistischere)" Dogmatik gegenüber dem positiven Recht attestiert, ³⁾ und in der Schweiz zeichnet sich schon eine Hinwendung zur französischen Seite ab. Dort wird die für die deutsche Lehre bezeichnende Zurückdrängung der Vertragsform zugunsten der Rechtsform als zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes kritisiert, ⁴⁾ die Gleichordnung der Part-

1) Le contrat - instrument d'action des Administrations publiques, Annales Universitatis Saraviensis, 1955 IV, S. 31

2) Selbst wenn man in diesen Rechtskreisen den Konsens als rechtsgültig ansehen wollte, müßte man die dort als Verwaltungsvertrag bezeichneten Institutionen sowohl nach französischem als auch nach deutschem Recht zu den Vereinbarungen zählen, da nur ein Interesse verfolgt werden kann. Langrod (le contrat ..., S. 43) nennt sie einseitige Verwaltungsakte unter vertraglicher "Fassade".

3) Imboden a.a.O. S. 17 a

4) Imboden a.a.O. S. 31 a f.

ner wird nicht mehr konsequent gefordert ¹⁾ und eine eigene Theorie des Verwaltungsvertrages bildet sich heraus. ²⁾

Eine Sonderstellung nimmt schließlich das englische Recht ein. Es könnte nicht einer der von Langrod genannten Gruppen zugeordnet werden. Nach Bullinger ³⁾ ist dort der Vertrag in der Hoheitsverwaltung nicht mehr zulässig, während der Vertrag in wirtschaftlichen Angelegenheiten den Verwaltungsträgern prinzipiell offensteht. Bullinger, der einer Ausweitung des deutschen Verwaltungsvertragswesens entgegentritt, hält in England eine Rückkehr zum Vertrag in Hoheitsangelegenheiten für kaum denkbar. ⁴⁾ Er räumt aber ein, daß die Gerichte es vereinzelt versucht hätten, "die durch den Wegfall des Verwaltungsvertrages in Hoheitsangelegenheiten entstandene Lücke im Vertrauens- und Rechtsschutz auszugleichen". ⁵⁾

1) Zwahlen, Le contrat de droit administratif, Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F., S. 77 Nr. 11

2) Zwahlen, a.a.O., Nr. 66: "Ein Vertrag ist dann öffentlich-rechtlich, wenn er entweder die Delegation, die Abtretung oder die Beschränkung eines Vorrechtes oder eines natürlichen Rechtes zum Gegenstand hat, sei es, daß er ein öffentliches Interesse verfolgt, sei es, daß er eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung erfüllt oder daß er eine Sache des domaine public betrifft." Vgl. auch Waline, RDP 1959, S. 191

3) Vertrag und Verwaltungsakt S. 166

4) a.a.O., S. 167

5) a.a.O., S. 167

Der Meinung Bullingers steht die Voraussage Mitchell's entgegen, in England werde unter dem Druck der Umstände eine dem französischen Recht ähnliche Entwicklung eintreten. ¹⁾

2. Die Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertragshandelns in der französischen und in der deutschen Verwaltungspraxis

Die Ursache für die Kritik an der deutschen Lehre des Verwaltungsvertrages und die Hinwendung zum französischen Recht ist im wesentlichen darin zu suchen, daß in Deutschland die Kluft zwischen Praxis und Recht zu groß geworden war.

Die Beurteilungen des deutschen Rechts des Verwaltungsvertrages im Ausland sind hart: "wenn man das Augenscheinliche verleugnet und sich an vorgefaßte Ideen klammert, verfällt man dem reinen Wortstreit. Und das ist der Eindruck, den tatsächlich die Kontroversen in der deutschen Lehre vermitteln", ²⁾ und "die Folge (der deutsch-österreichischen Konzeption) ist, daß das Verwaltungsleben grundsätzlich in die alten, sehr starren und oft unzutreffenden Formen eingeschlossen ist, die Theorie sich dann aber getröstet fühlt, wenn die Klarheit der Ordnung davon profitiert: wir sind Zeugen eines Widerstandes gegen jede Neuerung auf diesem Gebiet, der von einer perfektionierten und althergebrachten Denkweise getragen wird." ³⁾ Langrod nennt das deutsche Pendant zum contrat administratif einen "Embryo eines Verwaltungsvertrages" ⁴⁾.

Diese strengen Kritiken berücksichtigen noch nicht die bedeutende Entwicklung, die das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Zeit in Deutschland erfährt, und nicht die Ergebnisse, die hier seit dem Ende der fünfziger Jahre erzielt worden sind. Man sollte die vorangeschickten Zitate

1) RDP 1959, 499

2) Zwahlen, Le contrat, Nr. 79

3) Langrod, Le contrat, S. 39

4) a.a.O.

auch einmal im Lichte der unterschiedlichen zeitlichen Entwicklung in Frankreich und in Deutschland sehen. Die deutsche Verwaltungsrechtslehre hatte gegenüber der älteren französischen Verwaltungswissenschaft besonders auf dem Gebiet des öffentlich-rechtlichen Vertrages einen schweren Stand. Seit dem Jahre 1800 gibt es in Frankreich gesetzliche **Verwaltungsverträge** ¹⁾. Sie waren ein Faktum, und für theoretische Erwägungen über die Zulässigkeit solcher Verträge und über die Frage, ob Verträge im Über- und Unterordnungsverhältnis überhaupt möglich seien, war später kein Raum mehr. Schon von Anfang an war es daher möglich, sich auf die Problematik der Abgrenzung privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Handelns der Verwaltung zu konzentrieren.

Hierzu bestand wegen des engen Zusammenhangs mit der Frage der Gerichtsbarkeit auch ein Zwang ²⁾. Auf dieser Grundlage und an Hand der Erfahrungen, die man aus einer ausgedehnten Praxis zog, konnten die Mängel der Lehre von der Doppelnatur des Staates (Théorie des actes d'autorité et des actes de gestion) ³⁾ bald erkannt werden. Die Entscheidungen "Blanco" (1873), "Terrier" (1903) und "Le soleil" (1910) ⁴⁾ führten zu der - noch heute - grundlegenden Erkenntnis, daß Gegenstand und Natur eines Vertrages seine rechtliche Zuordnung bestimmen. Von da ab konnte die französische Lehre - immer mit dem Blick auf das praktische Verwaltungsleben - beginnen, die Unterscheidungsmerkmale zu präzisieren.

Ganz anders war die Situation in Deutschland, Hier gab es **keine** Gesetze, die bestimmte Verträge dem öffentlichen Recht zuordneten und die damit solche Verträge in das Rechtsleben eingeführt hätten. In der

1) S. oben Seite 44

2) s. oben Seite 33 ff.

3) vgl. S. 35 ff.

4) s. oben Seite 33 ff.

jungen Verwaltungsrechtswissenschaft galten vielmehr die Prinzipien ihres Hauptbegründers, Otto Mayers, daß der Staat immer einseitig befehle ¹⁾ und daß der Vertrag nur auf dem Boden der Gleichheit gedeihen könne ²⁾. Trotzdem setzten schon früh Bestrebungen ein, die Anerkennung verwaltungsrechtlicher Verträge durchzusetzen ³⁾. Es wurde immer mehr deutlich, daß die Verwaltung die wachsenden wirtschaftlichen und sozialen Aufgaben nicht mehr mit den herkömmlichen, typischen Mitteln bewältigen konnte ⁴⁾. Es galt "den Rückstand aufzuholen, der zwischen Praxis und wissenschaftlicher Erfassung klafft" ⁵⁾. In der Zeit nach dem 1. Weltkrieg wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwaltungsverträge zunehmend bejaht. Sie steht heute nicht mehr in Frage. Dieses als "Siegeszug" ⁶⁾ gefeierte Ergebnis war in Frankreich nie umstritten. Das gleiche gilt für das Problem subordinationsrechtlicher Verträge, die für das französische Recht eine Selbstverständlichkeit sind und die bei uns erst in jüngster Zeit anerkannt werden.

Bei der Umstrittenheit des Vertrages im öffentlichen Recht sind auch die Reserviertheit gegenüber diesem

1) Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag
AÖR Bd. 3, 1 ff

2) Deutsches Verwaltungsrecht 1917/27 Bd. 2, S. 262

3) vgl. Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag (1916);
Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1920)

4) vgl. Rupp, Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages JuS 1961, 60

5) So Rupp DVBl. 1959, 81

6) So Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, S. 3

Institut und die Versuche, sein Anwendungsgebiet einzuschränken, verständlich. Bis in die Gegenwart reichen die Bemühungen, die von der Verwaltung begründeten atypischen Rechtsverhältnisse entweder nicht ausdrücklich zu qualifizieren ¹⁾ oder sie als Verwaltungsakt ²⁾ bzw. als Privatrechtsvertrag ³⁾ zu konstruieren. Es ist insbesondere das Privatrecht, dem sich die deutsche Lehre und Rechtssprechung zugewandt hatten, um das vertragliche Handeln der Verwaltung einzuordnen. Das gilt in erster Linie für das Beschaffungswesen der Behörden. Hier liegt der eigentliche Unterschied zum französischen Recht, das, wie die hauptsächlichsten contrats administratifs zeigen, Lieferungen und Leistungen von

-
- 1) z.B. BGH (S. 1957) NJW 1957, 1957; vgl. hierzu auch Rupp JuS 1961, 60
Stern (Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84, 137 ff., 273 ff.) empfiehlt einmal, nicht von einem Konzessionsvertrag zu reden, sondern von einem "Konzessionsverhältnis", denn es müsse erst bewiesen werden, daß die Beziehungen Vertragscharakter hätten (S. 275) und andererseits sagt er, der vertragliche Gehalt des Konzessionsverhältnisses ließe sich ohne Blindheit gegenüber der Rechtswirklichkeit nicht übersehen (S. 288)
- 2) Dieses Ziel wird heute hauptsächlich von Bullinger (Vertrag und Verwaltungsakt 1962) verfolgt. Vgl. auch Zurmahr, Die Rechtsgültigkeit ... ZBR 1954, S. 201, der alle Vereinbarungen im Rahmen des Beamtenverhältnisses als Verwaltungsakte ansieht, während Jaschkowitz (AöR Bd. 56, S. 330 ff) schon hierbei Differenzierungen macht.
- 3) Ein aufschlußreiches Beispiel hierzu gibt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 26.2.1952 (VRspr. Bd. 4, 838). Darin wird eine Teilung von Besteuerungsrechten zwischen zwei Gemeinden als privates Rechtsverhältnis angesehen.
Vgl. hierzu die Kritik von Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. S. 254 f. an dieser Entscheidung.

Privatunternehmern an die Verwaltung, grundsätzlich nach öffentlichem Recht beurteilt. Ein Vergleich dieser entsprechenden deutschen und französischen Verträge bringt jedoch keine so wesentlichen Abweichungen zu Tage, die eine rechtlich derart unterschiedliche Beurteilung erklären könnten. Die französischen Verträge werden insbesondere dann als öffentlich-rechtlich angesehen, wenn ihnen die cahiers de charges, die allgemeinen Bedingungen, unter denen eine Behörde Verträge zu schließen hat, zugrundeliegen. Auch in Deutschland hat sich für das Beschaffungswesen ein nahezu lückenloses Netz von behördlichen Liefer- und Leistungsrichtlinien gebildet. Sie werden nach der französischen Bezeichnung auch Lastenhefte ¹⁾ genannt und sind den französischen Pendants in den für die rechtliche Qualifikation wesentlichen Punkten ähnlich. Obwohl sie ohne Gesetzeskraft sind, entfalten sie im Praktischen die gleichen Wirkungen. Der Einzelne als Vertragspartner hat nicht viel Verhandlungsspielraum, sondern kann die auf die staatlichen Belange abgestellten Bedingungen nur entweder akzeptieren oder vom Vertragsschluß absehen. Auf der anderen Seite würden sich die behördlichen Vergabestellen dienstlichen Sanktionen aussetzen, wenn sie die so genormten Rechtsverhältnisse individuell gestalten würden. Die einseitige Fixierung des Vertrages verbindet sich mit einem Zwang des Einzelnen zum Vertragsabschluß, wo ein Nachfragemonopol ²⁾

1) Vgl. Erich Welter, Der Staat als Kunde
1960 S. 101 Anm. 1

2) Vgl. hierzu Erich Welter a.a.O., S. 49 ff.

herrscht. Zu diesen allgemeinen Einschränkungen der Vertragsfreiheit kommen die besonderen Bestimmungen, in denen sich die hoheitliche Machtstellung des öffentlich-rechtlichen Vertragspartners dokumentiert ¹⁾.

Mit dieser Betrachtung soll nicht die Empfehlung verknüpft werden, das Beschaffungswesen wie in Frankreich generell dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Hiervor würde schon die Darstellung in den Teilen I - IV warnen. Es gibt im französischen Recht *contrats administratifs*, die die Anwendung des öffentlichen Rechts nicht rechtfertigen. Die Begründung der verwaltungsrechtlichen Natur fällt nicht immer überzeugend aus, und der Wechsel der Theorien sowie ihre verschiedenartige Auslegung haben zu manchen Fehlurteilungen geführt. Insbesondere hat die zu häufige Zulassung von *services publics* eine ernste Krise dieses Vertragskriteriums, das einen Hauptpfeiler des französischen Verwaltungsvertragsrechts bildet, heraufbeschworen ²⁾. Auch mag die Veraltung des französischen Zivilrechts die Ausdehnung der Verwaltungsverträge begünstigt haben. ³⁾

Die Rechtsnatur der Liefer- und Leistungsaufträge der öffentlichen Hand ist differenzierter und kann nicht pauschal bestimmt werden ⁴⁾.

1) s. unten Seite 191ff.

2) vgl. Schnur, Die Krise des Begriffs der *services publics* im französischen Verwaltungsrecht, AöR Bd. 79, 430

3) vgl. hierzu unten S. 183

4) vgl. hierzu unten S. 193ff.

Heute, da die Verwaltungslehre dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vorbehaltlos gegenübersteht und sich für seine ausgedehnte Zulassung einsetzt, scheint der Anlaß für eine Überprüfung der Natur der Rechtsverhältnisse, die bisher als privatrechtlich galten, gegeben zu sein. "Das hieße, der Rechtswissenschaft einen schlechten Dienst erweisen, die vor Rechtserscheinungen, welche in Brauch und Übung stehen, nicht kapitulieren darf, will sie nicht den Zusammenhang mit der Rechtswirklichkeit verlieren. Vielmehr wird es sich zunächst einmal darum handeln, das gewiß nicht zufällige Auftreten des Vertrages innerhalb der modernen Formen verwaltungsmäßigen Handelns zum Verständnis zu bringen und dann in die eigentliche rechtliche Würdigung einzutreten." Diese Begründung Forsthoffs für die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ¹⁾ gilt auch dann, wenn das Anwendungsgebiet des Verwaltungsvertrages zu eng bemessen wird. Die Bewährung des französischen Rechts im praktischen Rechtsleben, die gleichen tatsächlichen Gegebenheiten in beiden Rechtskreisen und die neuere Entwicklung im deutschen Recht ermutigen zu dem folgenden rechtstheoretischen Vergleich.

1) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage,
S. 251

II. Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Lichte der Lehre vom contrat administratif

Vorbemerkung: Verträge im Koordinationsverhältnis Koordinationsrechtliche Verträge, d.h. solche, dessen Partner gleichgeordnet sind (z.B. mehrere Verwaltungsträger) sind zum Vergleich mit dem contrat administratif weniger geeignet, da dessen Schwerpunkt in der Beziehung zwischen Staat und Bürger liegt. Sie bieten auch nicht die Problematik der Zulässigkeit, wie sie sich für das Verhältnis der Über- und Unterordnung ergeben hat und vor allem erhellen sie nicht den grundlegenden Zwiespalt zwischen Vertragsbindung und öffentlichem Interesse. Daher wird im folgenden der Vertrag im Über- und Unterordnungsverhältnis herausgestellt.

1. Verträge in Über- und Unterordnungsverhältnissen

Den Hauptunterschied zwischen dem contrat administratif und dem deutschen Verwaltungsvertrag hat man immer darin gesehen, daß der eine auf der Basis der Ungleichheit, der andere auf der der Gleichheit der Parteien beruhe. Ersteres sei nach deutschen Rechtsbegriffen nicht vorstellbar ¹⁾.

Neuerdings ist allerdings auch der subordinationsrechtliche Vertrag in Deutschland anerkannt worden.

Als grundlegende Entscheidung ist das Urteil

-
- 1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 254, Anm. 1
Ruppert, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht S. 19
Steffen, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht S. 19
Landmann-Giers-Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 116
Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts - 1. Bd., S. 442
Jellinek, (Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 243) geht ohne weiteres von der "Gleichwertigkeit" der beiderseitigen Willenserklärungen im öffentlich-rechtlichen Vertrag aus.

des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 21.6.1960 ¹⁾ anzusehen, das sich allerdings schon auf eine "allgemeine Auffassung" beruft. Von den dort zitierten Autoren konnte im Grunde nur Wolff ²⁾ als offener Bekenner zu der Möglichkeit der Über- und Unterordnung im öffentlich-rechtlichen Vertrag betrachtet werden ³⁾. In dieser Beziehung sind außerdem noch Huber ⁴⁾, Barocka ⁵⁾, Rupp ⁶⁾ und Stein ⁷⁾ zu erwähnen.

Der subordinationsrechtliche Vertrag hat schließlich auch Eingang in den Musterentwurf eines Verwaltungs-verfahrensgesetzes (EVwVerfG) ⁸⁾ gefunden.

Was aber in Deutschland unter dem Vertrag im Über- und Unterordnungsverhältnis verstanden wird, ist nicht das gleiche, was mit der Ungleichheit der Parteien des contrat administratif gemeint ist.

1) DÖV 1960, 798

2) Verwaltungsrecht I, 3. und 4. Auflage
§ 44 I 1 (2)

3) In den übrigen angegebenen Quellen ist die Anerkennung subordinationsrechtlicher Verträge kaum zu erkennen. Forsthoff (a.a.O., S. 253 f) lehnte sie sogar ab. Bei Stern und Apelt ist die Anerkennung erst später festzustellen (vgl. AöR Bd. 84, 277 bzw. AöR Bd. 84, 269).

4) Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 S. 57

5) Verw. Arch. Bd. 51, S. 6

6) JuS 1961, S. 59 ff.

7) AöR Bd. 86, S. 321

8) § 40 Abs. 2 des Entwurfes 1963

Subordination liegt nach der Einzelbegründung des EVwVerfG 1963 ¹⁾ vor, wenn die Vertragspartner normalerweise im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinanderstehen. Trotz dieser Ungleichheit wird für den Abschluß des Vertrages Gleichberechtigung gefordert ²⁾. Die generelle Subordination stehe einer konkreten vertraglichen Koordination nicht im Wege ³⁾. Die französische Lehre spricht dem *contrat administratif* auch eine Koordination in diesem Sinn ab. Die Vertragspartner sind dort auch bei Vertragsabschluß "*placés sur un pied d'inégalité*" ⁴⁾ und die Verwaltung verzichtet nicht auf ihre Attribute hoheitlicher Gewalt ⁵⁾. Die Ungleichheit ergebe sich aus den Vorrechten, die der öffentlich-rechtliche Partner im *contrat administratif* genieße ⁶⁾. Das wesentlichste Vorrecht ist dabei die Befugnis der Verwaltung, einen Vertrag einseitig zu ändern oder von ihm zurückzutreten, wenn sich die Bedürfnisse des öffentlichen Interesses so verändert haben, daß ihnen die Erfüllung des Vertrages nach seinem ursprünglichen Inhalt nicht mehr Rechnung trägt. ⁷⁾ Dieses Bedürfnis nach einseitigem Eingriff in den Vertrag zur Wahrung des öffentlichen Interesses besteht auch in Deutschland. Es muß Vorkehrung getroffen werden, daß die vertragliche Gebundenheit

1) Zu § 40 Abs. 1

2) Menger, Verw. Arch. Bd. 56, S. 280

3) Beinhardt, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, Verw. Arch. Bd. 55, S. 212 Anm. 125

4) Jèze, *contrats* Bd. 1 S. 8

5) de Laubadère, *Traité théorique ...* Bd. 1 S. 22

6) de Laubadère a.a.O.

7) vgl. oben S. 7 f.

den Verwaltungsträger "nicht hindere, seinen Pflichten gegenüber der Existenz der Allgemeinheit nachzukommen, und zwar auch ohne daß dies ausdrücklich in dem individuellen Vertrag aufgenommen wäre". ¹⁾ Den aus dieser Forderung erwachsende Zwiespalt zwischen Vertragsbindung und öffentlichem Interesse hat die deutsche Lehre und Rechtsprechung bisher vornehmlich über die Anwendung der clausula rebus sic stantibus zu lösen versucht. Diese dem Zivilrecht entstammende Regel gibt die Möglichkeit der einseitigen Vertragsangleichung oder Kündigung, wenn eine grundlegende Veränderung der Umstände eintritt, an deren Möglichkeit die Vertragsparteien bei der Abwägung ihrer Interessen und der Verteilung des Risikos in keiner Weise gedacht haben ²⁾. Diese Klausel ist aber nicht immer zur Wahrung des öffentlichen Interesses geeignet. Die Voraussetzungen der grundlegenden Veränderung der Umstände und des Nichtvorhersehens sind zu eng. Der Verwaltung muß es möglich sein, schon bei Erschwerung der Erreichung ihres öffentlichen Zieles andere Maßnahmen zu ergreifen, und sie kann sich auch nicht auf die unvorhergesehenen Änderungen beschränken. Deshalb soll die Clausula-Lehre beim öffentlich-rechtlichen Vertrag eine "umfassendere Anwendung" finden: "während die clausula im bürgerlichen Recht auf die Ausnahmefälle beschränkt ist, muß man ihr im öffentlichen Recht eine ausgedehntere Anwendung zuerkennen" und "die dabei zu betätigende Wertabwägung wird hier das öffentliche Interesse in seinem Wertverhältnis zur Vertragsbindung wesentlich stärker zu Gunsten des

1) so Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964 S. 915

2) vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung 2. Auflage, S. 52

öffentlichen Interesses bestimmen, als dies für privatrechtliche Verträge im Hinblick auf das private Interesse angemessen erscheint". ¹⁾ Das bedeutet eine Lockerung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" zugunsten des öffentlich-rechtlichen Partners. Das private Interesse muß insofern zurückstehen. Damit wird aber auch die Gleichberechtigung der unterschiedlichen Partner problematisch.

Das wird besonders deutlich, wenn in diesem Zusammenhang die These vertreten wird, dem öffentlichen Interesse solle beim Verwaltungsvertrag nach den Grundsätzen des Widerrufs von Verwaltungsakten Rechnung getragen werden ²⁾. In diesem Fall befände man sich eindeutig auf dem Gebiet der Über- und Unterordnung ³⁾.

Der EVwVerfG 1963 bietet eine neue Lösung an: Er läßt für beide Partner ein Kündigungsrecht nach den Grundgedanken der clausula rebus sic stantibus und dem der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zu. Der Behörde wird darüber hinaus ein besonderes Lösungsrecht zugebilligt, "um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen". ⁴⁾

1) so Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage, S. 254; ähnlich: Giacometti, Allgemeine Lehren S. 447; Apelt AöR Bd. 84, S. 255, OVG Münster DÖV 1960, S. 799; Scheerbarth, Das allgemeine Baurecht, S. 100 ff.

2) so Peters, Lehrbuch der Verwaltung 1949, S. 155

3) vgl. auch die Kritik von Baring JR 1959, 239

4) § 46 EVwVerfG 1963

Von dem französischen Grundsatz der einseitigen Mutabilität des contrat administratif entscheidet sich diese Konzeption im Grunde genommen nur in der Forderung "schwerer" Nachteile und in der Zubilligung eines Kündigungsrechts statt einer Abänderungsmöglichkeit des Vertrages. Es ist schwer einzusehen, daß in diesen Abweichungen der Gegensatz zwischen Gleichberechtigung und Unterordnung liegen sollte. Es wäre vielmehr zu erwarten, daß die französische Lehre auch in dem Sonderkündigungsrecht des deutschen Modells eine "prérogative exorbitante" sehen würde, in der sich die Unterordnung des Einzelnen manifestiert. Zudem: was ein "schwerer" Nachteil ist, wird sicherlich unterschiedlich ausgelegt werden, und aufgrund ihres Kündigungsrechtes wird es der Behörde in der Praxis auch oft gelingen, statt der Vertragslösung den Partner zu einer Anpassung der Vertragsbedingungen zu bewegen.

Die Einzelbegründung zu § 46 EVwVerfG 1963 räumt zwar ein, daß der Satz "pacta sunt servanda" für den Fall schwerer Nachteile für das Gemeinwohl nicht durchgreift, setzt sich aber nicht mit dem Problem auseinander, ob dann noch eine Gleichordnung der Partner gewährleistet sei. Aus der Sicht der französischen Lehre wäre eine solche Erörterung vor allem deshalb am Platze gewesen, weil der Entwurf die Rechtsfolgen der Kündigung - bewußt - offenläßt. Er überläßt es dem Einzelfall, "wie sich die Abwicklung des Interessenausgleichs zwischen den Vertragspartnern zu gestalten hat".¹⁾ Das französische Recht hat auf die Regelung dieser

1) so die Einzelbegründung zu § 46 EVwVerfG 1963

Frage großen Wert gelegt, um das gelegentlich notwendig werdende einseitige Eingreifen der Verwaltung in den Vertrag zugunsten des Einzelnen auszugleichen ¹⁾. Nach dem Grundsatz des *équilibre financier* ²⁾ bekommt der Kokontrahent nicht nur eine "billige Entschädigung", ihm bleibt bei Modifikationen des Vertrages durch die Verwaltung die Gewinnrechnung erhalten, die ihm zum Abschluß des Vertrages bestimmt hat. Auch bei indirekten Eingriffen der Verwaltung (z.B. Änderung des Zolls-tarifs) kann ein Ausgleichsanspruch entstehen und selbst Veränderungen, die nicht durch den öffentlich-rechtlichen Partner verursacht worden sind, können eine finanzielle Unterstützung zur Weiter-führung des Vertrages auslösen (*théorie de l'imprévision*).

Bei diesem Schutz des Einzelnen ist es erklärlich, daß in Frankreich ein "Drang" der Privatunter-nehmer besteht, sich den Regeln des öffentlichen Rechts zu unterstellen ³⁾. Durch die französische finanzielle Ausgleichsregelung wird das Gleich-wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung ge-wahrt. Das entspricht dem Wesen des Vertrages und ist auch der eigentliche Sinn der den Grundsatz der Koordination respektierenden *clausula rebus sic stantibus* ⁴⁾.

1) vgl. Waline RDP 1959, S. 192

2) s. oben S. 8 f.

3) vgl. Kutsch- v. Krakewitz, Übernahme des Be-griffs "service public" ins deutsche Recht: AöR Bd. 79, S. 450

4) vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertrags-erfüllung, 2. Aufl. S. 53

Als Ergebnis aus dem Gesagten ist herauszustellen, daß in der Ordnung der Verwaltungsvertragspartner zueinander keine wesensmäßigen Unterschiede zwischen dem französischen und dem deutschen Recht festgestellt werden können. Das gilt trotz der konträren Thesen, die Partner des contrat administratif stünden sich auf dem Boden der Ungleichheit gegenüber und die Parteien des deutschen Verwaltungsvertrages seien auch im Über- und Unterordnungsverhältnis vertraglich gleichberechtigt.

2. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

Nachdem sich im deutschen Recht die grundsätzliche Anerkennung verwaltungsrechtlicher Verträge durchgesetzt hatte, wurde die Abgrenzung der Zulässigkeit dieser Rechtsverhältnisse zum Hauptproblem. Dabei haben sich zwei Grundfragen herausgebildet: einmal, ob der Abschluß eines Verwaltungsvertrages einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf und zum anderen, welche Schranken sich aus der Verfassung, den Gesetzen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Verwaltungsrechts ergeben ¹⁾.

Die erste Frage wird heute von der herrschenden Meinung vertragsfreundlich beantwortet. Nach ihr sind Verwaltungsverträge generell zulässig, so-

1) vgl. Einzelbegründung zu § 40 Abs. 1
EwVerfG;
Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt 1962,
S. 40

weit nicht im Einzelfall zwingendes Recht oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen ¹⁾).

Diese Konzeption verdient Unterstützung. Die Voraussetzung der normativen Ermächtigung würde notwendigerweise zu einem unzeitgemäßen Rückschritt zum Verwaltungsakt führen, da nur wenige Gesetze die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages regeln. Diese Gesetze verfolgen auch nicht den Sinn einer abschließenden Regelung und die Schaffung eines numerus clausus.

Auch der EVwVerfG 1963 läßt den öffentlich-rechtlichen Vertrag zu, soweit keine Rechtsvorschriften entgegenstehen ²⁾).

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Auflage, S. 253; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 5. Auflage, S. 239; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 154; Eyermann-Fröhler, Kommentar zur VwGO, 3. Auflage, Randnote 10 zu § 40; BGH DVBl. 1957, S. 348

a.A.: Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages Verw.Arch., Bd. 49, S. 131 f. OVG Münster OVG 16, 12, die eine normative Ermächtigung verlangen.

Eine extrem ablehnende Haltung nimmt neuerdings Bullinger ein, der den Vertrag in Hoheitsangelegenheiten grundsätzlich für nicht zulässig hält (Vertrag und Verwaltungsakt 1962, S. 249). Diese Betrachtungsweise orientiert sich nicht an der Rechtswirklichkeit und wird auch als zu einseitig zurückgewiesen (vgl. Einzelbegründung des EVwVerfG 1963 vor § 40; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre 1965, S. 144 Anm. 107)

2) § 40 Abs. 1 EVwVerfG 1963; schon der - gescheiterte - Entwurf für eine Württembergische Verwaltungsrechtsordnung (Stuttgart 1921) enthielt eine gleiche Bestimmung (Art. 47).

Die zweite Frage der Zulässigkeit, nämlich nach den Schranken, die sich aus der Verfassung, den Gesetzen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Verwaltungsrechts ergeben, dürfte sich zusammen mit der ersten beantworten lassen, wenn man unter den entgegenstehenden Rechtsvorschriften auch das ungeschriebene Recht versteht. Die Formulierung "soweit keine Rechtsvorschriften entgegenstehen" zwingt nicht nur zu der Überprüfung, ob im Einzelfall der Vertrag überhaupt zulässig ist, sondern auch zu der Untersuchung, inwieweit, also in welchen Schranken das Rechtsverhältnis Gültigkeit haben kann.

Daß man hierbei auf unterschiedliche Schranken bei den einzelnen Vertragsarten stößt, daß sich also z.B. bei Vergleichsverträgen ¹⁾ und Austauschverträgen ²⁾ voneinander abweichende Voraussetzungen ergeben, ist im Grunde genommen die Konsequenz aus den allgemeinen Grundsätzen der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung, des Gebots des Gleichheitsgrundsatzes und aus der analogen Anwendung allgemeiner Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (z.B. §§ 134, 138 BGB) ³⁾.

Für den Vergleich mit dem französischen Recht wäre die Behandlung solcher ins Detail gehender Fragen ungeeignet. In der französischen Literatur sucht man nämlich schon vergeblich nach Auseinandersetzungen über die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit.

1) vgl. Art. 41 EVwVerfG 1963

2) vgl. Art. 42 EVwVerfG 1963

3) vgl. hierzu die Einzelbegründung des EVwVerfG 1963 zu den Nichtigkeitsgründen des § 45.

De Laubadère behandelt in seinem umfangreichen Werk über den contrat administratif nur kurz einige Beispiele des "unerlaubten Vertragsgegenstandes" und bezieht sich dabei fast ausschließlich auf Bestimmungen des Code Civil ¹⁾. Zwei Hauptgründe nennt de Laubadère, die den contrat administratif unzulässig machen: zwingendes entgegenstehendes Gesetzesrecht ²⁾ und Unvereinbarkeit der Natur des Vertragsgegenstandes mit dem Vertragsbegriff ³⁾. Neben dem Verbot, den beamteten rechtlichen Status vertraglich zu regeln, findet sich nur eine Zulässigkeitsschranke aus dem öffentlichen Recht: "D'une manière générale, les compétences attribuées par la loi aux autorités administratives sont insusceptibles de se prêter à des accords contractuels portant sur leur exercice même. Les exemples que l'on pourrait en donner sont multiples" ⁴⁾. Hierzu weist de Laubadère auf ein Urteil des Conseil d'Etat ⁵⁾ hin, das einen Vertrag für unzulässig erklärte, weil er für einen gesetzlich vorgesehenen Dispens eine Zahlung an die Staatskasse vorsah. Hier liegt ein Fall vor, wie ihn das deutsche Recht ausdrücklich erfassen will ⁶⁾.

Das französische Recht kennt also auch Zulässigkeitsgrenzen, sieht aber davon ab, sie abschließend zu normieren. Es bestimmt sie jeweils im Einzelfall nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Ein

1) Traité théorique, Bd. 1, S. 224 ff.

2) a.a.O., S. 224

3) a.a.O., S. 227

4) De Laubadère a.a.O., S. 223

5) C.E. 25.11.1921 Savonneries Olive RDT 1922, S. 107

6) vgl. § 42 EVwVerfG 1963

echter Gegensatz zum deutschen Recht ist dies nicht, da die Voraussetzungen für eine gleichartige Beurteilung in beiden Rechtskreisen durch die Anwendung allgemeiner Verwaltungsrechtsgrundsätze und die entsprechende Heranziehung zivilrechtlicher Regeln vorliegen. Vorteile und Nachteile der französischen und der deutschen Einstellung stehen sich gegenüber, nämlich die Gefahr des Übersehens von Nichtigkeitsgründen sowie die größere Möglichkeit unterschiedlicher Beurteilungen auf der französischen Seite und die Gefahr, daß durch die kasuistische Normierung nicht alle Unzulässigkeitsgründe erfaßt werden, auf deutscher Seite.

Aus deutscher Sicht ist vor allem auch der französische Grundsatz interessant, daß Verwaltungsverträge zulässig sind, soweit nicht zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht. Er entspricht den deutschen Theorien, die sich für eine weitgehende Zulassung des öffentlich-rechtlichen Vertrags einsetzen und dürfte sie in ihrer Auffassung bestärken.

3. Das anzuwendende Recht

Auch hier besteht eine weitgehende Übereinstimmung zwischen dem französischen und dem deutschen Verwaltungsvertrag: auf beide sind die Regeln des öffentlichen, nicht des privaten Rechts¹⁾ anzuwenden.

1) vgl. De Laubadère, Traité Théorique ... Bd. 1, S. 9; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Aufl. S. 255

Da in beiden Rechtskreisen meist ausdrückliche Bestimmungen des öffentlichen Rechts fehlen, werden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts herangezogen. ¹⁾ Dies geschieht zwar ganz allgemein, aber nicht immer in der gleichen Weise. So ist in Frankreich im Hinblick auf die Grundsätze der Subordination und des *équilibre financier* kein Raum für die Geltung der *clausula rebus sic stantibus* und des Art. 1134 Code Civil ³⁾ ⁴⁾. Eine Vertragsstrafe kann im *contrat administratif* vereinbart werden, ⁵⁾ während ihre Zulässigkeit im deutschen Verwaltungsvertrag verneint wird. ⁶⁾ Andererseits übernimmt man in beiden Ländern auch bürgerrechtliche Regeln "en bloc". Das gilt im französischen Recht z.B. für die Auslegungsgrundsätze ⁷⁾ und in Deutschland vor allem für die Vorschriften über das Zustandekommen und die

1) Bzgl. des französischen Rechts: s.oben S. 27 f.;
Bzgl. des deutschen Rechts: Forsthoff a.a.O.,
S. 255 f.; Steffen, Der öffentlich-rechtliche
Vertrag im heutigen Recht, S. 52 ff.;

3) vgl. *Wedel, Droit administratif* 1961, S. 651,
bzgl. des dt. Rechts s.oben S. 173 ff.

4) Art. 1134 C.C.: "Die gesetzlich zustandegekommenen Verträge gelten als Gesetz zwischen den Parteien."

5) De Laubadère a.a.O., Bd. 2 S. 148 ff.

6) Holz (Ist im öffentlichen Recht Raum für Vertragsstrafen? S. 38) meint, hierfür bestehe kein Bedürfnis, da der Staat gegenüber dem Einzelnen genügend Zwangsmittel habe.

7) vgl. De Laubadère a.a.O. Bd. 2 S. 12 ff.

Anfechtung von Verträgen ¹⁾. Abschließende Kataloge der anwendbaren und der unanwendbaren Vorschriften des Zivilrechts gibt es auf beiden Seiten nicht. Sie würden sicher in manchem differieren, denn einerseits gibt es hier ausdrückliche öffentlich-rechtliche Regeln, die dort fehlen und andererseits eignet sich das Bürgerliche Gesetzbuch wohl besser zur analogen Anwendung als der rund hundert Jahre ältere Code Civil, dessen Bestimmungen immer mehr zur Auslegung contra legem zwingen ²⁾.

Derartige Verschiedenheiten ziehen keine wesensmäßigen Unterschiede nach sich. Das wesentliche ist vielmehr, daß sowohl für den französischen als auch für den deutschen Verwaltungsvertrag öffentliches Recht gilt, wobei zivilrechtliche Regeln ergänzend angewandt werden können. Auch für die Grenze der analogen Anwendung des Privatrechts läßt sich ein gemeinsamer Nenner finden. Gedacht ist dabei an die Formel von Rivet, Vorschriften des Zivilrechts können nur insoweit gelten, als ihre Anwendung mit den Erfordernissen des öffentlichen Lebens vereinbar sei ³⁾. Diese Regel fügt sich auch in die deutsche Konzeption ein.

-
- 1) vgl. Forsthoff a.a.O., S. 255 f.; der EVwVerfG 1963 läßt allgemein die ergänzende Anwendung bürgerlichen Rechts zu (§ 48).
- 2) vgl. hierzu Pierre Voirin, Le vieillissement du Code Civil, Annales universitatis Saraviensis, 1955 IV, S. 66 ff.
- 3) Rivet zu C.E. 25.11.1921, Savonneries H. Olive RDP 1922, S. 107

4. Die Parteien des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Die Reihe der Berührungspunkte des deutschen und des französischen Rechtskreises wird scheinbar dort unterbrochen, wo es sich um die Frage der Partner des Verwaltungsvertrages dreht.

Das französische Recht macht zur Voraussetzung, dass mindestens auf einer Seite des Vertrages eine Person des öffentlichen Rechts steht. Die deutsche Lehre sieht in der Teilnahme einer öffentlich-rechtlichen Person kein Kriterium der Unterscheidung und erkennt auch Verträge zwischen Privatpersonen als verwaltungsrechtlich an.

Hierin ist jedoch keine grundlegende Verschiedenartigkeit zu suchen. Verträgen unter Privatpersonen ist in Deutschland im Bereich des öffentlichen Rechts dadurch eine Grenze gesetzt, daß mindestens eine Partei die Fähigkeit haben muß, den Gegenstand des Vertrages mit öffentlich-rechtlicher Wirkung zu ordnen. Hierzu ist eine gesetzliche Ermächtigung unabdingbar ¹⁾. Wegen dieser Voraussetzung sind solche Kontrakte sehr selten.

Demgegenüber ist das französische Erfordernis der Teilnahme einer öffentlich-rechtlichen Person nicht im strengen Sinn zu verstehen und erleidet manche Ausnahme ²⁾. Die allgemeine Unterscheidung zwischen Personen des öffentlichen Rechts und denen des Privatrechts hat in Bezug auf die contrats administratifs keine Geltung.

1) vgl. Einzelbegründung des EWVerfG 1963 zu § 16 Abs. 1

2) s. oben S. 66 ff.

Selbst der private Konzessionär kann mit Einzelnen Verwaltungsverträge abschließen.

Im übrigen werden in beiden Ländern die meisten öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen Verwaltung und Privatleuten oder auch nur zwischen Personen des öffentlichen Rechts geschlossen.

5. Die Gerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit war in beiden Ländern früher grundsätzlich verschieden. Rechte aus dem deutschen Verwaltungsvertrag konnten im Hinblick auf § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes nur dann im Wege der Verwaltungsklage geltend gemacht werden, wenn dies eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorsah. Die Begründung für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bei Streitigkeiten aus contrats administratifs, einem Zivilrichter könne die Beurteilung öffentlichen Rechts nicht überlassen werden, trifft zwar für das deutsche Recht nicht ganz zu, da die ordentlichen Gerichte der Bundesrepublik auch mit den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungsansprüchen befaßt sind. Aufgrund der heute geltenden Generalklausel des § 40 der Verwaltungsgerichtsordnung ist aber auch hier Übereinstimmung mit dem französischen Recht erzielt. Klagen aus einem Verwaltungsakt begründen "sonstige" öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht ¹⁾.

1) vgl. Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Anm. 9 und 10 zu § 40, S. 115

6. Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Privatrechtsvertrag

Einhelligkeit herrscht schließlich darüber, daß der Verwaltungsvertrag immer vom öffentlichen Interesse getragen wird.

Der Begriff des Allgemeininteresses, so abstrakt er auch ist, wird in beiden Rechtssystemen zur Grundlage der Unterscheidung zwischen dem öffentlich-rechtlichen und den privaten Verträgen gemacht.

Es ist überraschend festzustellen, daß man in beiden Ländern wegen der Systemlosigkeit der Idee des öffentlichen Interesses zur Unterscheidung andere Trennungskriterien heranzog, die sich in beiden Staaten entsprechen, und sie dann doch wieder verwarf, um zu dem vagen Begriff zurückzukehren. So bot sich einmal der Gedanke der öffentlichen Gewalt als Merkmal an ¹⁾.

Er wurde beiderseits als zu eng abgelehnt, da er nicht in allen Fällen das Rechtsverhältnis bestimme ²⁾.

Gleichermaßen zu weit erschienen die Begriffe der "öffentlichen Verwaltung" ³⁾ und des "service public" im organischen Sinn. Beide können sich auch privatrechtlicher Formen bedienen. Auch der Versuch, dem Willen der Parteien eine gewisse qualifizierende Kraft, insbesondere für die Grenzfälle, beizumessen, wurde auf beiden Seiten unternommen ⁴⁾. Diese "Willenskonzeption" ist zu Recht verworfen worden, denn der Charakter eines

-
- 1) Vgl. Jaschkowitz, Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR Bd. 56, S. 323
2) Vgl. Apelt, a.a.O., S. 124/125 betr. das französische Recht s.o. S. 79, 105 ff
3) Vgl. Apelt, a.a.O., S. 128
4) Jêze RDP 1945, S. 293
RC Cruchot, 36, 1183; RG 49, 219;

Vertrages und das anzuwendende Recht sind objektiv zu bestimmen ¹⁾.

Schließlich ist auch in beiden Rechtskreisen - wohl mit Blick auf das britische Recht - die Idee aufgekommen, das öffentliche Recht und das private Recht als ein einheitliches Rechtssystem zu verstehen ²⁾. Daß ein besonderes öffentliches Recht besteht, läßt sich aber heute nicht mehr leugnen ³⁾.

Vom französischen Recht ist bekannt, daß das den Verwaltungsvertrag qualifizierende öffentliche Interesse durch die Kriterien des service public und der clause exorbitante du droit commun spezifiziert wurde. Die deutsche Lehre machte die Regelung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zur Bedingung. Die Ableitung dieser Voraussetzung vom Begriff des öffentlichen Interesses wird in den Worten Apelts, den man entsprechend der Bezeichnung Vedels für Gaston Jèze den Vater der deutschen Lehre des Verwaltungsvertrages nennen kann, augenscheinlich: "Alle Rechtsverhältnisse, die sich um ein spezifisch öffentliches Interesse dergestalt gruppieren, daß dieses unmittelbar den Inhalt der einzelnen Rechtsverhältnisse bestimmt, müssen als den Normen des öffentlichen Rechts unterstellt anerkannt werden." ⁴⁾

1) vgl. die Ausführungen oben S. 97 ff;
Apelt, a.a.O.s S. 135

2) vgl. Weyr, Zum Problem des einheitlichen Rechtssystems, AöR, Bd. 23, S. 529 ff.; Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AöR Bd. 31, S. 218; Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2. Aufl., S. 41

3) vgl. Wolff, Verw.R. I. S. 22 II, 4. Aufl.
Rivero, Droit administratif, 2. Aufl. Nr. 12, S. 17

4) Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.139

In Deutschland ist heute die Subjektionstheorie zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht gerade im Hinblick auf den Verwaltungsvertrag vielfach aufgegeben worden ¹⁾, und die sog. erneuerte Subjektstheorie wurde entwickelt. Diese stellt darauf ab, ob der Träger hoheitlicher Gewalt sich derselben Rechtssätze bedient, die für alle Rechtspersonen gelten, oder ob er sich eines nur ihm eingeräumten Sonderrechts bedient ²⁾. Der Bundesgerichtshof verwendet seit kurzem für die Begründung der Rechtsnatur eines öffentlich-rechtlichen Vertrages die Formeln, seinem "Gegenstand" und seiner "Natur" nach sei das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet oder die Anwendbarkeit öffentlichen Rechts ergebe sich aus der "Natur der Sache" und aus dem "Gesamtcharakter" des Vertrages ^{3) 4)}. Diese Betrachtungsweise steht nicht im Gegensatz zu der erneuerten Subjektstheorie ⁵⁾, weist aber eine verblüffende Übereinstimmung mit der Begründung der verwal-

-
- 1) S. BVerwG DVBl. 61, 209; BGH NJW 1960, 1457; Anm. von Weis, NJW 1960, S. 1762; Rupp, JuS 1961, S. 60
 - 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 22 I und II; AöR Bd. 76, S. 205; Schoen, DÖV 1955, S. 137; Bachof (JZ 66, S. 562) bezeichnet diese Meinung als "Zuordnungstheorie".
 - 3) BGH 27.10.60 NJW 1961, S. 73
BGH 27. 3.61 MDR 1961, S. 530
BGH 21.12.64 NJW 1965, S. 442
 - 4) Das Bundesverwaltungsgericht hat sich keiner der Theorien angeschlossen, sondern kombiniert die verschiedenen Gesichtspunkte (vgl. Bachof a.a.O. und BVerwG 13, 47; 13, 307)
 - 5) vgl. Menger Verw.Arch. Bd. 56, S. 279, Bd. 49, S. 276

tungsrechtlichen Natur in den Grundentscheidungen des französischen Rechts ¹⁾ auf, auf denen die Theorie des contrat administratif basiert. Dort bilden auch die Begriffe der Natur und des Gegenstandes des Vertrages die Grundlage für die Unterscheidung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsverhältnisse.

Bei dieser vergleichenden Betrachtung des deutschen Rechts glaubt man sich fast in ein früheres Stadium der französischen Lehre versetzt. Das dürfte kein Nachteil sein, denn durch die Orientierung an der weiteren Entwicklung in Frankreich könnten Fehler vermieden werden. Außerdem greift das französische Recht selbst heute immer mehr auf die Lehrmeinungen der Vergangenheit zurück. Es hat aus der allgemeinen Umschreibung "Natur" und "Gegenstand" des Vertrages die Kriterien "service public" und "clause exorbitante" entwickelt. Nachdem sich der klassische Begriff des service public ²⁾ als zu eng erwiesen hatte und die Lehre ihn dann nach den Bedürfnissen der Praxis bis zur Unklarheit erweiterte, besteht heute wieder die Tendenz zur Rückwärtsentwicklung, zur Klassifikation der Rechtsakte danach, ob sie in den Beziehungen zwischen Privatpersonen vorkommen oder nicht. Damit nähert sich das französische Recht zweifellos wieder der Betrachtungsweise, die im deutschen Recht vorherrschend ist ³⁾.

1) s. oben S. 33 ff. und S. 164

2) Selbst die Begriffe "service public" und "öffentlicher Dienst" weisen Gemeinsamkeiten auf: vgl. Kutsch-v. Krakewitz, Übernahme des Begriffs "service public" ins deutsche Recht? AöR Bd. 79 S. 449 und 451.

3) So Lücking, Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 36

Auch die clause exorbitante du droit commun fügt sich in diesen Rahmen ein. Bei ihr handelt es sich um ein Regulativ für den zu weit gewordenen Begriff des service public. Sie wird durch das öffentliche Interesse bestimmt und begründet Rechte oder Pflichten, die denen, welche im Rahmen der zivilen Gesetze entstehen, wesensfremd sind. Bei diesen Merkmalen könnte die clause exorbitante aus der erneuerten Subjektstheorie hergeleitet worden sein.

Damit rundet sich der Kreis der Berührungspunkte der beiden Rechtssysteme ab. Es hat sich gezeigt, daß die Meinung Imbodens, einer analogen Heranziehung der französischen Regeln über die rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Verwaltung stünden grundsätzliche Hindernisse entgegen ¹⁾, in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft. Die Linien der beiden Rechtslehren verlaufen in jüngster Zeit vielmehr weitgehend zusammen und parallel. Der Unterschied in der praktischen Anwendung öffentlich-rechtlicher Verträge in den beiden Ländern ist nicht in der Wesensverschiedenheit des contrat administratif und des deutschen Verwaltungsvertrages zu suchen. Deshalb soll abschließend noch an zwei vergleichbaren Beispielen die Frage der rechtlichen Einordnung verwaltungsmäßigen Handelns untersucht werden.

1) Imboden, der verwaltungsrechtliche Vertrag
S. 18 a

III. Die Konzession und der Vertrag über öffentliche Arbeiten im deutschen Recht

a) Der Konzessionsvertrag

Die Bezeichnung "Konzessionsvertrag" hat sich in der deutschen Praxis für solche Rechtsverhältnisse weitgehend durchgesetzt, durch die eine öffentlich-rechtliche Person einem privaten Versorgungs- oder Verkehrsunternehmen zur Erfüllung einer Aufgabe der Hoheitsverwaltung die Mitbenutzung der öffentlichen Verkehrsräume gestattet ¹⁾. Dieser Kontrakt hat wenig mit dem Verwaltungsakt zu tun, den man gemeinhin "Konzession" nennt, also der behördlichen Verleihung eines Gewerberechts ²⁾. Ein Berührungspunkt zwischen Konzessionsvertrag und Konzession ist allenfalls dort zu finden, wo zu dem Vertragsabschluß noch eine Genehmigung der Energieaufsichtsbehörde nach § 5 des Energieversorgungsgesetzes kommen muß. Demgegenüber hat der Konzessionsvertrag in dem eingangs erwähnten Sinn eine bemerkenswerte Ähnlichkeit mit dem contrat de concession wie er von Chardenet definiert wurde ³⁾. Das dürfte kein Zufall sein, denn der Name "Konzessionsvertrag" ist nicht von der "Konzession" abgeleitet, sondern geht tatsächlich auf die französische Bezeichnung zurück ⁴⁾. Wie schon erwähnt ⁵⁾ wird der

1) Vgl. Zeiß in Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. III, S. 638

2) Vgl. Scupin in Peters, a.a.O., Bd. II, S. 630

3) s. oben Seite 124

4) Vgl. Stern, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR Bd. 84, S. 146

5) oben Seite 124

contrat de concession als der typischste, durch und durch verwaltungsrechtliche Vertrag angesehen. Das deutsche Gegenstück gilt als privatrechtlich ¹⁾, wenngleich auch gelegentlich gesagt wird, es könne unter Umständen dem öffentlichen Recht unterstehen ²⁾.

Für die Gegenüberstellung des deutschen und des französischen Rechts und die Untersuchung der Rechtsnatur an Hand eines Beispiels bietet der Aufsatz Sterns "Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages" ³⁾ einen geeigneten Anlaß zur Erörterung. Genauso, wie nach dem französischen Recht die Natur eines Vertrages untersucht werden würde, prüft Stern den Charakter des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, kommt dabei aber allerdings zu einem anderen Ergebnis, als es die französische Lehre erhalten würde.

Zunächst stellt Stern fest, daß mit der Konzession ein "Stück öffentlicher Verwaltung" an eine Privatperson übertragen wird ⁴⁾. Das entspricht in Frankreich der Teilnahme an einem service public. Dann untersucht er die wesentlichen und typischen Klauseln des Konzessionsvertrages auf ihre Rechtsnatur hin. Dieses Verfahren könnte unter der Überschrift stehen:

enthält der Vertrag "clauses oxorbitantes du droit commun".

1) Vgl. Brügelmann und Ludwig in Peters a.a.O., Bd. III, S. 666

2) So Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 550, 570; Stern, a.a.O., S. 291 ff; Haas (Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 306) berichtet, die Stadt Hamburg behandle alle Konzessionsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge.

3) AöR Bd. 84, S. 137 ff, S. 273 ff.

4) a.a.O., S. 154. Allerdings vertritt Stern dann die Meinung, der energiewirtschaftliche Konzessionsvertrag sei keine echte Konzession (a.A. Huber, a.a.O., S. 549 und die bei Stern S. 156, Anm. 63 und 65 zitierte Literatur).

In den "Ausschließungsklauseln", durch die sich die Gemeinde verpflichtet, während der Dauer des Vertrages keinem anderen gleichartigen Unternehmen die Versorgung zu gestatten, sieht Stern im bürgerlichen Recht atypische, aber nicht absonderliche und wegen der Vertragsfreiheit zulässige privatrechtliche Bestimmungen ¹⁾. In der "Kontrahierungsklausel", in der sich der Private verpflichtet, jedermann zum Anschluß zuzulassen, erkennt er die Merkmale eines echten oder unechten Vertrages zugunsten Dritter ²⁾. Die Anschluß- und Versorgungspflicht sei nicht notwendig Hoheitsträgern zugeordnet und daher privatrechtlicher Natur ³⁾. Von den Klauseln, in denen sich die Gemeinde Aufsichts-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte vorbehält, meint Stern, sie könnten als eigenständige Abmachungen nicht beurteilt werden. Allerdings seien derartige Aufsichtsvorbehalte auch als Nebenbestimmungen (Auflagen) von Verwaltungsakten

1) a.a.O., S. 299, 320

2) a.a.O., S. 300

3) a.a.O., S. 321

aufzufassen ¹⁾. Als Nebenbestimmung teilten sie die Natur der einzelnen Vertragsbestandteile ²⁾. Bei der "Abgabeklausel", nach der die Privatperson für die Überlassung der Wegebenutzung, des Ausschließungsrechts usw. ein Entgelt an die Gemeinde zu zahlen hat, handele es sich auch nicht um einen eigenständigen Vertragstyp ³⁾, dessen Natur davon abhängt, auf welcher Rechtsgrundlage die Gemeinde das Entgelt erhebt ⁴⁾.

So kommt Stern zu dem Ergebnis, daß die Klauseln - von Ausnahmen abgesehen - privatrechtlich seien, der Konzessionsvertrag aber insgesamt als gemischtes Rechtsverhältnis betrachtet werden müsse, da er auch auf öffentlichem Recht beruhe. Weil weder das öffentliche noch das private Recht überwiege und es für keines der Rechte eine Majorisierung gebe, könne das Konzessionsverhältnis nicht einheitlich qualifiziert werden ⁵⁾.

Die Frage, ob ein Rechtsverhältnis immer als Einheit beurteilt werden muß, ist sehr strittig ⁶⁾. Der Meinung, die dies bejaht, ist jedenfalls dann zu folgen, wenn es sich um einen Fall der Verbindung öffentlichen und privaten Rechts handelt und die Teile des Rechtsverhältnisses nicht getrennt behandelt werden können ⁷⁾.

1) a.a.O., S. 300 f.

2) a.a.O., S. 321

3) a.a.O., S. 304

4) a.a.O., S. 322

5) a.a.O., S. 323 f.

6) Vgl. Stern, a.a.O., S. 323 f., Fn. 170, 171, 172

7) So bei zweistufigem Verwaltungshandeln

Beruhet eine nicht selbständige Pflicht auf öffentlichem Recht, so wäre es gefährlich, das übrige mit dieser Verpflichtung verbundene Vertragsverhältnis privatrechtlich zu beurteilen ¹⁾, denn durch die zivilrechtlichen Grundsätze ist das öffentliche Interesse, das in dem Inhalt des Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gekommen ist, unzureichend geschützt. Da dem öffentlichen Interesse nicht getrennt Rechnung getragen werden könnte, würde es mehr oder weniger an dem Schicksal der übrigen Beziehungen teilnehmen. Außerdem spricht ein öffentlich-rechtliches Merkmal schon deswegen für denselben Charakter der übrigen Bestimmungen, weil die Regeln des bürgerlichen Rechts auch im öffentlichen Recht analog angewendet werden und so, für sich allein betrachtet, ihre Natur nicht erkennen lassen. Man kann von einer gewissen "Majorisierung" des öffentlichen Rechts gegenüber dem privaten sprechen.

Abgesehen hiervon hätte Stern auch zu dem Ergebnis kommen müssen, daß das Konzessionsverhältnis öffentlich-rechtlich ist, weil die von ihm untersuchten typischen Klauseln nicht grundsätzlich zivilrechtliche Natur haben. Stern hat es nämlich verabsäumt, die Klauseln in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Er gibt selbst zu, daß es sich meist um atypische Bestimmungen handelt. Die Antwort auf die Frage, warum dies so ist, ergibt sich aus

1) Vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. S. 80 f.

dem öffentlichen Interesse, das zu der Aufnahme der Klauseln in den Konzessionsvertrag geführt hat. So gesehen, hat die Kontrahierungsklausel die Aufgabe, die Daseinsvorsorge und die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu garantieren. Da diese öffentliche Aufgabe einer Privatperson nicht ohne weiteres überlassen werden kann, ist in den Vertrag die Aufsichts-, Mitwirkungs- und Kontrollrechtsklausel aufgenommen. Die Ausschließlichkeitsklausel sichert weniger das Interesse des Privatunternehmens als das Allgemeininteresse an einer von Konkurrenz nicht belasteten Funktion des Betriebes, wobei wiederum das Kontrollrecht einen eigenützigen Mißbrauch dieser geschützten Stellung verhindern soll. Gerade in Bezug auf die Anschluß- und Versorgungspflicht wird Stern in der Argumentation deutlich inkonsequent. Von dieser Pflicht meint er, sie sei nicht notwendig Hoheitsträgern zugeordnet und daher privatrechtlicher Natur ¹⁾. Damit hat er, was er sonst ablehnt, das Privatrecht gegenüber dem öffentlichen Recht majorisiert. Schließlich fügt sich auch die Abgabeklausel, die der Gemeinde die Möglichkeit gibt, nach den Regeln des öffentlichen Rechts das Entgelt von dem Kontrahenten einzuziehen, in diesen Rahmen. Das Zusammentreffen einer solchen Anzahl atypischer Bestimmungen, die Teilnahme einer öffentlich-rechtlichen Person und der Zweck des Konzessionsbetriebes rechtfertigen nicht die Annahme eines Privatrechtsvertrages. Sicherlich lassen sich die erwähnten Klauseln auch, wie es Stern getan hat, in das System des bürgerlichen

1) Vgl. a.a.O., S. 321

Rechts einordnen. Daran läßt sich jedoch ihre Natur nicht erkennen, da das Verwaltungsvertragsrecht wenig eigene Regelungen hat und sich der Vorschriften des BGB vielfach entsprechend bedient.

Mit der Klassifizierung des Konzessionsverhältnisses als öffentlich-rechtlicher Vertrag sind auch die von Stern festgestellten "Elemente des Verwaltungsaktes" ¹⁾, insbesondere das Tätigwerden der Verwaltung zum Zwecke der Wahrung öffentlicher Belange, am richtigen Platz untergebracht. Da das öffentliche Interesse bei der Konzession eine weitaus größere Intensität hat als bei den typischen Privatrechtsverträgen der Verwaltung, muß es ein stärkeres Gewicht haben, als es ihm die Normen des bürgerlichen Rechts einräumen können. Man stelle sich den Fall vor, daß die Energieversorgung der Bevölkerung erweitert werden muß oder qualitativ verbessert werden könnte und die der Verwaltung schon bei Abschluß des Vertrages bekannte Kompetenz des beliebigen Privatunternehmens für diese Umstellung nicht ausreicht. Würde das Konzessionsverhältnis privatrechtlich aufgefaßt, so könnte das öffentliche Interesse, das eine Änderung der bestehenden Situation dringend erfordert, wegen seiner Gleichordnung mit dem zivilen nur berücksichtigt werden, wenn die *clausula rebus sic stantibus* nicht ihrem Sinn entsprechend angewendet würde.

1) Vgl. a.a.O., S. 289

b) Bauleistungen von Privatunternehmern
für die Verwaltung

Auch das Rechtsverhältnis mit dem Bauunternehmer, der Arbeiten an öffentlichen Gebäuden, Straßen, Plätzen usw. ausführen soll, ist in Deutschland dem Privatrecht unterstellt. Die Bedingungen, die der Einzelne dabei eingeht, sind aber weitgehend im Zivilrecht fremd oder unüblich.

Die öffentlichen Einkaufs- oder Vergabestellen sind allgemein verpflichtet, die Aufträge nach bestimmten festgelegten Bedingungen zu vergeben ¹⁾. Für den Bausektor sind dies in erster Linie die Vorschriften der "Verdingungsordnung für Bauleistungen" (VOB) ²⁾. Dieses Vorgehen ist an sich nicht privatrechtsfremd, vielmehr schließen auch die Privatunternehmer üblicherweise ihre Verträge nach eigenen "allgemeinen Geschäftsbedingungen". Es darf indessen in diesem Zusammenhang erwähnt werden, daß es normalerweise nur der - im speziellen Fall - wirtschaftlich stärkeren Firma gelingt, ihre Geschäftsbedingungen durchzusetzen, mit anderen Worten, daß die Anwendung der Handelsbedingungen eines Unternehmens auf deren Vormachtsstellung oder in weitem Sinn auf deren Überordnung hindeutet.

Was aber die VOB für den Vergleich mit dem französischen Recht so interessant macht, ist

1) Vgl. Fricke, Zentralisierung und Dezentralisierung des öffentlichen Einkaufs, S. 90

2) Für andere Aufträge gilt hauptsächlich die "Verdingungsordnung für Leistungen" (VOL), die wiederum bei den einzelnen Behörden durch zahlreiche Spezialregelungen (s. Fricke a.a.O., S. 90, Anm. 2-5 sowie die Anhänge S. 115 ff.) ergänzt ist.

ihre Verwandtschaft mit dem "cahier des clauses et conditions générales des marchés des travaux des Ponts et Chaussées" ¹⁾. Dieses "Lastenheft" bildet die Grundlage der französischen Verträge über öffentliche Arbeiten und enthält eine Mustersammlung von clauses exorbitantes du droit commun. Entsprechende privatrechtsfremde Bestimmungen sind in der VOB zu finden.

So bestimmt Teil B, § 1 Nr. 3 der deutschen Verdingungsordnung für Bauleistungen, daß es dem Auftraggeber vorbehalten bleibt, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Ein solches vertragliches einseitiges Gestaltungsrecht entspricht nicht den Vorschriften des BGB ²⁾. In § 1 Ziff. 4 wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der Vertragsleistungen erforderlich werden, zu verlangen. Nicht privatrechtskonform ist schließlich die Bestimmung des § 4 Ziff. 1, die dem Auftraggeber das Recht gibt, die Arbeiten zu überwachen, Auskünfte zu verlangen und Anordnungen zu treffen. Einerseits steht dies im Gegensatz zu dem gesetzlichen Werkvertragsrecht, das auf der Selbständigkeit des Unternehmers aufbaut, andererseits ist es fraglich, ob das Recht des Bestellers, einseitige, zur Zeit des Vertragschlusses unbestimmte Anordnungen zu treffen, mit den zivilrechtlichen Vertragsgrundsätzen vereinbart ist, d.h. ob das gesetzliche Werkvertragsrecht

1) s.oben S. 8 und 122 f.

2) So auch Hereth-Ludwig-Naschold, Kommentar zur Verdingungsordnung für Bauleistungen, 1954, Anm. 19 und 20 zu § 1 Nr. 3, Teil B.

insoweit dispositiv ist. Der Unternehmer kann dadurch in seinem für ihn wesentlichsten Interesse, dem finanziellen Nutzen, nachteilig berührt werden oder sich Aufgaben gegenüber sehen, die er im Hinblick auf die Kapazität seines Betriebes freiwillig nicht übernommen hätte. Er ist bei öffentlichen oder öffentlich finanzierten Aufträgen an den Einheitspreis nach der Baupreisverordnung gebunden, wenn die Mengen seiner Leistungen nicht mehr als 10 % von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang abweichen (§ 2 Nr. 3 der Verdingungsordnung).

Bei der Vergabe von Bauaufträgen durch die öffentliche Hand kommen neben der VOB noch andere Regelungen zum Zuge, die speziell auf die Hoheitsfunktion des Auftraggebers zugeschnitten sind. Da die staatlichen Aufgaben mit möglichst geringer Aufwand zu erfüllen sind und "ungesunde Gewinne" der Unternehmer vermieden werden sollen, kam die Idee auf, öffentliche Aufträge zu einem sogenannten Kostenpreis, bei dem nur die individuellen Kosten des Auftragnehmers erstattet werden, zu vergeben ¹⁾. Nach der Währungsreform im Jahre 1948 wurde der Kostenpreis aber als Instrument der Zentralverwaltungswirtschaft angesehen und abgelehnt ²⁾. Heute dürfen Kostenpreise nur ausnahmsweise vereinbart werden und es ist bemerkenswert, daß dem Kostenpreis gerade bei Bauleistungsverträgen das weiteste Anwendungsgebiet eröffnet wurde ³⁾.

1) Vgl. Diederich, Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, S. 36 und 213

2) Diederich a.a.O., S. 11

3) vgl. Diederich a.a.O., S. 61

So bestimmt die Verordnung PR Nr. 8/55 des Bundesministers für Wirtschaft über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für Bauleistungen vom 19.12.55 ¹⁾, daß der Kostenpreis immer dann den höchsten zulässigen Preis bildet, wenn der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und die Preisbildung hierdurch beeinflußt wird (§ 5 Abs. 2 Satz 1). Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 dieser Verordnung sind sogar im Wettbewerb zustandegewordene Preise für Bauleistungen unzulässig, wenn der Preis in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung steht. Bei solchen Bestimmungen, die der Verwaltung erhebliche Lenkungsmöglichkeiten geben, ist es nicht verwunderlich, daß wettbewerbsrechtliche Bedenken erhoben werden und sich bei öffentlichen Bauaufträgen immer wieder die Frage der Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufdrängt ²⁾. Die besondere Stellung des öffentlichen Auftraggebers dokumentiert sich des weiteren in den nicht seltenen Rahmenverträgen und Stützungsaufträgen. In den ersteren muß der Einzelne auf Verlangen der Verwaltung kurzfristig zu einem festen Preis Leistungen erbringen. Es ist Fricke ³⁾ beizupflichten, daß es sich beim Rahmenvertrag im Grunde um eine völlig einseitige Verpflichtung des Einzelnen handelt. Als Privatrechtsvertrag betrachtet,

1) Bundesanzeiger Nr. 249 S. 1

2) Vgl. Diederich a.a.O., S. 61 f.

3) Zentralisierung und Dezentralisierung des öffentlichen Einkaufs, S. 103

wirft der Rahmenvertrag auch die Frage auf, ob er ausreichend bestimmt ist, denn Ausmaß und zumindest ungefähre Zeitpunkt der Leistungen sind wesentlicher Inhalt des Werkvertrages. Bei den Stützungsaufträgen schließlich, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratene Unternehmer erhalten, tritt der wirtschafts- und sozialpolitische Charakter der Verträge klar hervor.

Die aufgeführten Beispiele zeigen, daß die Verträge über öffentliche Bauleistungen gegenüber den normalen privatrechtlichen Bauwerkverträgen viele Besonderheiten aufweisen können und daß diese Sonderbestimmungen auf die hoheitliche Funktion des öffentlich-rechtlichen Partners ausgerichtet sind.

Solche Bedingungen werden im französischen Recht als vom Privatrecht abweichende Klauseln angesehen, welche die Subordination des Einzelnen manifestieren und dem Vertrag den verwaltungsrechtlichen Charakter verleihen.

Hätten solche Vertragsbestimmungen nicht auch eher im deutschen öffentlich-rechtlichen Kontrakt als im Privatvertrag ihren Platz?

Um dies zu bejahen, müßte man das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmer als öffentlich-rechtliches ansehen. Nach Apelt ¹⁾ untersteht ein Rechtsverhältnis dann den Normen des öffentlichen Rechts, wenn ein spezifisch öffentliches Interesse seinen Inhalt unmittelbar bestimmt.

Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die aufgezählten Bestimmungen der Verdingungsordnung, die dem Besteller besondere Rechte

1) Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 139

einräumen, unmittelbar der Wahrung des öffentlichen Interesses dienen sollen. Handelt es sich aber um ein spezifisch öffentliches Interesse?

Dies wird vom Einzelfall abhängen. Manche Bauten sind für die Funktion der Verwaltung und das öffentliche Bedürfnis von geringer Bedeutung, andere liegen im dringenden öffentlichen Interesse und der öffentlich-rechtliche Kontrahent sieht sich zu seiner Wahrung veranlaßt, bei der Ausführung des Werkes zu intervenieren, Änderungen, Auslassungen und Erweiterungen zu bestimmen, wodurch der ursprüngliche Vertrag ein anderes Gesicht bekommt. Nach Apelts Formel, welche auch die Grundlage der übrigen deutschen Lehre bildet, müßte hier ein öffentliches Rechtsverhältnis angenommen werden. Es wäre eine Rechtszersplitterung, wollte man darauf abstellen, inwieweit im Einzelfall von den Eingriffsmöglichkeiten Gebrauch gemacht worden ist. Besser wäre es, die Qualifizierung auf Grund der Potentialität der Interventionen zu treffen, wie dies in Frankreich geschieht, und Bauwerkverträge, die erfahrungsgemäß keine besonderen Maßnahmen im öffentlichen Interesse erfordern, im Rahmen des gesetzlichen Werkvertragsrechts zu schließen. Im übrigen sei auch hier auf die Ausführungen über die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses bei der Konzession hingewiesen ¹⁾.

1) Vgl. oben S. 194 f.

L E B E N S L A U F

Am 5. Februar 1934 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Karl Marzlin und seiner Ehefrau Carola geb. Michely in Sulzbach/Saar geboren. In den Jahren 1939 bis 1944 besuchte ich die Volksschule in Kreuzwald/Lothringen und ab Herbst 1945 das Realgymnasium Sulzbach, das Gymnasium St. Wendalinum in St. Wendel und das Ludwigsgymnasium in Saarbrücken. An dieser Schule habe ich am 11. 6. 1954 das Abitur abgelegt.

Im Wintersemester 1954/55 nahm ich das rechtswissenschaftliche Studium an der Universität München auf und bestand dort am 16. 1. 1959 die Erste Juristische Staatsprüfung. Im Sommersemester 1959 und im Wintersemester 1959/60 war ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz immatrikuliert. Ab 1. 4. 1959 leistete ich in Saarbrücken meinen Referendardienst, den ich am 1. 4. 1963 mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Saarbrücken abschloß. Vom 3. 4. 1963 bis 31. 7. 1964 war ich amtlich bestellter Vertreter des Rechtsanwalts Justizrat Dr. Heinrich Schneider und Rechtsanwalt in Saarbrücken. Seit dem 1. 8. 1964 bin ich als Assessor in der Rechtsabteilung der Saarbergwerke Aktiengesellschaft tätig.

